Grenzen und Formen der notwendigen Teilnahme

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Paul Blesse

Referendar in Kassel

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1928

Von der juristischen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg angenommen am 6. Juni 1928

Referent: Professor Dr. Mezger

Meinen lieben Eltern

Inhalt

Literatur

Allfeld-Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1922.
v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 1—3. 1906—1909.
Bartsch-Pollak, Kommentar zur österreichischen Konkursordnung. 1. Aufl. 1917. Bd. 2.
Becker, Herm. Joh., Die strafrechtlichen Konsequenzen einer nichtigen Ehe. Diss. Münster 1912.
Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906.
— Grundzüge des Strafrechts. 8.—9. Aufl. 1925.
— in ZStW. 18 S. 267 ff.
Berner, Lehrbuch des Strafrechts. 18. Aufl. 1898.
Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. 1885.
— Lehrbuch des Strafrechts. 2. Aufl. 1902—1904.
— in GS. 71 S. 1 ff.
v. Birkmeyer in Vergl. Darstellung, Bes. Teil Bd. 9 S. 318 ff.
Brandes, Wann sind Teilnahmehandlungen straflos? Diss. Göttingen 1909.
v. Buri in GS. 22 S. 1 ff.
van Calker, Strafrecht. 3. Aufl. 1927.
Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, insbes. Täterschaft und Teilnahme. 1909.
Cohn, Das Problem der Bestrafung des Ehebruchs. (Strafrechtl. Abhandl. von Lilienthal u. a. Heft 190, 1916.)
Dalcke in GoltdArch. 37 S. 342 ff.
Daniel, Mittäterschaft, gemeinschaftliche Begehung und Begehung mit vereinten Kräften. Diss. Münster 1910.
Doerr, Deutsches Strafrecht. 1920.
— in GoltdArch. 64 S. 29 ff.
Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1904.
Finger, Chr., Kommentar zum Unlauteren Wettbewerbs-Gesetz. 4. Aufl. 1911.
Frank, Kommentar zum StGB. 17. Aufl. 1926.
Frassati in ZStW. 15 S. 409 ff.
Freudenthal, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. (Strafrechtl. Abhandl. von Lilienthal Heft 37, 1901.)
— Die Wahlbestechung. (Strafr. Abh. von Lilienthal Heft 1, 1896.)
— in ZStW. 48 S. 293 ff.
— Schuld und Vorwurf. 1922.
Fuchs in JW. 1927 S. 2629.
Fuld, Kommentar zum Unlauteren Wettbewerbs-Gesetz. 3. Aufl. 1910.
Geber, Die Tatbestandselemente des Zweikampfdelikts. (Strafr. Abh. von Lilienthal Heft 182, 1914.)
Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht. 1922.
— in Vergl. Darstellung, Bes. Teil Bd. 2 S. 487 ff.
Geyer in ZStW. 2 S. 315 ff.

Goldschmidt, J., Der Notstand ein Schuldproblem. 1913.
— in Österr.ZStW. 4 S. 129 ff.
— in JW. 1922 S. 252 ff.
Gretener, Begünstigung und Hehlerei. 1897.
Hahn, Materialien zur Konkursordnung. 1898.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. 1881—1887.
Hamann, Die ausbeuterische Zuhälterei. Diss. Rostock 1914.
Hegler in Archiv f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie Bd. 9 S. 153 ff., 278 ff., 369 ff.
— in ZStW. 36 S. 323 ff.
— in JW. 1924 S. 1597 ff.
Heilborn in ZStW. 18 S. 1 ff.
Herzog in GS. 29 S. 161 ff.
— in GS. 34 S. 81 ff.
v. Hippel in Vergl. Darstellung, Bes. Teil Bd. 2 S. 1 ff.
Hirschberg, Die Schutzobjekte der Verbrechen. (Strafr. Abh. von Lilienthal Heft 113, 1910.)
Hoche, Das Verbrechen der Bigamie. Diss. Heidelberg 1912.
Hofmann, H., Die Gefangenenbefreiung in ihren historischen Grundlagen. Diss. Tübingen 1903.
v. Holtzendorff, Handbuch des Strafrechts. 1871—1877.
Honig, Die Einwilligung des Verletzten. Bd. 1. 1919.
Höpfner in ZStW. 26 S. 579 ff.
Jacobs, Tatobjekt und Schutzobjekt. Diss. Straßburg 1914.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 5. Aufl. 1916.
Jordan, Die Strafbarkeit des Stimmenkaufs im Aktienrecht. (Strafr. Abh. von Lilienthal Heft 5, 1897.)
Isopescul-Grecul, Das Wucherstrafrecht. Bd. 1. 1907.
Katz, Die strafrechtlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs. 2. Aufl. 1902.
Kern in GS. 92 S. 125 ff.
Kiesow-Zweigert, Kommentar zum Republikschutzgesetz. 1923.
Köhler, A., Deutsches Strafrecht. 1917.
— in GoltdArch. 51 S. 131 ff., 269 ff.
— in GS. 61 S. 60 ff.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht. 1890.
— Leitfaden des Konkursrechts. 12. Aufl. 1903.
Koppmann-Weigel, Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch. 3. Aufl. 1903.
Kriegsmann, Mittäterschaft und Raufhandel seit Feuerbach. (Strafr. Abh. von Lilienthal Heft 80, 1907.)
v. Kries in ZStW. 7 S. 522 ff.
Leipziger Kommentar zum StGB. von Ebermayer, Lobe und Rosenberg. 3. Aufl. 1925.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927.
v. Liszt in ZStW. 8 S. 133 ff.
Mayer M. E., Der allgemeine Teil des StGB. 1915.
— Die Befreiung von Gefangenen. 1906.
— in Vergl. Darstellung, Bes. Teil Bd. 1 S. 282 ff. und S. 468 ff.
Mentzel, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. 1927.
Merkel, Lehrbuch des Strafrechts. 1889.
Meyer-Bleyler, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. 1921.

Mezger in DStrafrZ. 8 S. 205 ff.
— in GS. 89 S. 207 ff.
— Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. (Träger-Festschrift 1926.)
— in ZStW. 49 S. 171 ff.
Mittermaier in Vergl. Darstellung, Bes. Teil Bd. 4 S. 175 ff.
Neumeyer, Hist.-dogm. Darstellung des strafbaren Bankbruchs. Diss. München 1891.
Olshausen, Kommentar zum StGB. 11. Aufl. 1927.
Oppenhoff-Delius, Kommentar zum StGB. 14. Aufl. 1901.
Parisius-Krüger-Cregelius, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz. 10. Aufl. 1926.
Petersen-Kleinfeller, Kommentar zur Konkursordnung. 4. Aufl. 1900.
Philipsborn, Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen. (Abh. des krim. Semin. Berlin Bd. 5, 1906, II.)
Rabben, Das kriminelle Strafrecht im Aktiengesetz. Diss. Straßburg 1912.
Regendanz, Beiträge zur Lehre von der Beteiligung am gefährlichen Raufhandel. Diss. Tübingen 1906.
Reichart in GS. 48 S. 325 ff.
Reuter, Der Raufhandel. (Strafr. Abh. von Lilienthal Heft 22, 1899.)
Rittler in Österr. ZStW. 8 S. 323 ff.
v. Rohland Die Gefahr im Strafrecht. Diss. Dorpat. 2. Aufl. 1888.
Rüdorff-Stenglein, Kommentar zum StGB. 4. Aufl. 1892.
v. Sarwey-Bossert, Kommentar zur Konkursordnung. 4. Aufl. 1901.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts. 1921.
Schlesinger, Der Aufruhr. (Strafr. Abh. von Lilienthal Heft 52, 1904.)
Schmidt, Georg, Der strafbare Bankbruch in historisch-dogmatischer Entwicklung. 1893.
Schütze, Lehrbuch des Strafrechts. 2. Aufl. 1874.
— Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. 1869.
Schwartz, Kommentar zum StGB. 1914.
v. Schwarze, Kommentar zum StGB. 1884.
Sydow-Busch, Kommentar zur Konkursordnung. 14. Aufl. 1926.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12.—13. Aufl. 1926.
Stenglein, Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen. 4. Aufl. 1911—1913 und 5. Aufl. 1926 ff.
Stumpf in GS. 73 S. 336 ff.
Teichmüller, Die Bestechung nach dem StGB. Diss. Göttingen 1887.
Thomsen, Deutsches Strafrecht. 1906/07.
Verhandlungen des 13. Deutschen Juristentages 1876.
Vogels, Die sog. Ausnahmen von der Teilnahmelehre. Diss. Heidelberg 1911.
v. Völderndorff, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. 1885.
Wach in Vergl. Darstellung, Bes. Teil Bd. 8 S. 1 ff.
Wachenfeld, Lehrbuch des Strafrechts. 1914.
Wertheimer, Die Mischgesetze des StGB. (Strafr. Abh. von Lilienthal Heft 47, 1903.)
v. Wilmowski-Kurlbaum, Kommentar zur Konkursordnung. 6. Aufl. 1906.
Wolff, Th., Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. 1921.
Wolff, M., Familienrecht. In Enneccerus-Kipp-Wolffs Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 18.—20. Aufl., 1928.
Zadek in GS. 40 S. 561 ff.

§ 1.

Einleitung.

Das Problem der notwendigen Teilnahme erneut zum Gegenstand einer Untersuchung zu machen, scheint eine gewagte und wenig befriedigende Aufgabe zu sein. Denn einerseits wird von bedeutenden Rechtslehrern die Zweckmäßigkeit dieses Begriffes geleugnet und ihm jeder theoretische Wert abgesprochen[1]). Andrerseits liegen aber in den Abhandlungen von Schütze[2]) und besonders von Freudenthal[3]) so gründliche Arbeiten vor, daß es überflüssig erscheinen mag, sich nochmals mit diesem Thema zu befassen.

Trotzdem ist eine Überprüfung der Lehren von der notwendigen Teilnahme angebracht. Denn keineswegs sind die mit diesem Begriff gegebenen Streitfragen wissenschaftlich geklärt. Vielmehr stehen in manchem Punkte Wissenschaft und Rechtsanwendung in völligem Gegensatz zueinander. Dieser Zustand ist durch die vielfache Verkennung des Wesens der notwendigen Teilnahme und die Nichtbeachtung des juristisch-logischen Aufbaus des Verbrechens verursacht worden.

Bei einem Problem wie dem zur Behandlung stehenden ist die Gefahr groß, daß man sich nicht an feste, durch die Wissenschaft erforschte Grundlagen hält, sondern konstruiert. Ist doch der Begriff der notwendigen Teilnahme kein vom Gesetz selbst aufgestellter, sondern erst im Wege der logischen Abstraktion gewonnen.

Dieser Gefahr kann man nur dadurch entgehen, daß man den Begriff der notwendigen Teilnahme selbst auf festen Boden stellt. Zu seiner Umreißung bietet der Aufbau des Verbrechens Handhaben dar. Verbrechen im juristischen Sinne ist ein gegen rechtliche Gebote oder Verbote verstoßendes, schuldhaftes Verhalten eines

---

[1]) So von Beling, Die Lehre vom Verbrechen S. 401; Gerland, Reichsstrafr. S. 142; Kriegsmann, Mittäterschaft und Raufhandel S. 259, dieser allerdings mit der unrichtigen Voraussetzung (S. 253), daß notwendige Teilnahme gleich technischer Teilnahme i. S. der §§ 47 ff. StGB. sei; Wachenfeld, Lehrb. § 52, 4.

[2]) Die notwendige Teilnahme am Verbrechen (1869).

[3]) Die notwendige Teilnahme am Verbrechen (1901).

Menschen, das mit Strafe bedroht ist. Wann ein solches Verhalten vorliegt, an das die Rechtsfolge der Strafe geknüpft ist, besagt der „Tatbestand“ des Verbrechens. Beling[4]) hat in seiner Typenlehre die Bedeutung dieses Begriffsmerkmales schärfer zur Geltung gebracht, als dies vor ihm geschehen ist. Gerade auf das Element des „Tatbestandes“ werden wir unser Augenmerk zu richten haben. Denn zwischen diesem und der n. T. selbst bestehen innere Zusammenhänge, was auch schon mehrfach bei Behandlung des Problems erkannt worden ist. Nicht immer wird jedoch diese Erkenntnis festgehalten und praktisch verwertet. So zieht auch Freudenthal, der die Bedeutung der Tatbestandslehre gegenüber der n. T. anerkennt, nicht die letzten Folgen aus ihr. Beling[5]) macht ihm denn nicht mit Unrecht den Vorwurf, daß er die positivrechtlichen Tatbestände in ihrer Individualität zu wenig berücksichtige und fiktive Obertatbestände bilde. Dieser Gefahr entgeht man nur, wenn man das Verbrechen in seinem juristisch-logischen Aufbau zum Grundbegriff der Untersuchung macht. Bei der Untersuchung der aus unserem Thema sich ergebenden Fragen wird zu beachten sein, daß der Staat möglicherweise trotz Vorliegens eines verbrecherischen Verhaltens auf die Bestrafung verzichtet, weil höherwertige Interessen als die Strafe des Täters auf dem Spiele stehen. Wo dies der Fall ist, wird es angedeutet durch Aufstellung einer Strafbarkeitsbedingung oder Gewährung eines Strafausschließungsgrundes persönlicher Art.

Behält man dies im Auge, so wird eine wissenschaftlich haltbare Lösung mancher Zweifelsfrage möglich. Es läßt sich insbesondere in einwandfreier Weise eine Antwort auf die Frage geben, inwieweit die Vorschriften der technischen Teilnahme (§§ 47 ff. StGB.) auf die n. T. angewendet werden können. Es ist damit aber auch der Boden geebnet für die Behandlung des überaus streitigen Problems, inwiefern es im Strafrecht Delikte gibt, bei denen die Vorschriften über Teilnahme nach §§ 47 ff. StGB. nicht anwendbar sind. Man gerät auf diesem Gebiete in die Irre, wenn die erfahrungsgemäß gegebene juristische Grundlage des Verbrechens außer acht gelassen wird. Es bleibt dann nur der Weg der logischen Konstruktion. Diesen hat denn auch die herrschende Lehre ohne irgendwelche Bedenken eingeschlagen, und zwar veranlaßt durch die Beweisführung Freudenthals, dem sich Frank angeschlossen hat. Diese[6]) ziehen für die Fälle n. T., in denen einer der not-

---

[4]) Die Lehre vom Verbrechen.

[5]) L. v. V. S. 402 N. 2.

[6]) Frank, Vorbem. zu §§ 47 ff. V. 1; Freudenthal a. a. O. S. 110 f.

wendig Mitwirkenden nicht als Täter strafbar ist, den durchaus anfechtbaren Schluß a majori, daß alsdann diese Person erst recht nicht als Teilnehmer an derselben Handlung bestraft werden könne. Die Gerichte haben im Gegensatz hierzu diese Folgerung im allgemeinen abgelehnt, allerdings nicht immer mit überzeugender Begründung. Bei solcher Sachlage ist die erneute Untersuchung der vorliegenden Frage auch von großer praktischer Bedeutung. Hat die h. M. recht, so darf ihr Ergebnis nicht mit den allgemeinsten Grundsätzen der Verbrechenslehre in Konflikt geraten. Sie müßte eine Antwort auf die Frage geben können, ob die von ihr vertretene Straflosigkeit des Teilnehmers auf das Fehlen eines das Verbrechen begründenden Merkmales[7]) oder auf das Vorliegen eines die Strafbarkeit des Verhaltens bedingenden Umstandes zurückzuführen sei, und schließlich, ob vielleicht nach Lage des einzelnen Delikts der Teilnehmer persönlich von der Strafe befreit sein solle.

Erster Teil.

Die Grenzen der notwendigen Teilnahme.

§ 2.

Der Tatbestand als Grenze der notwendigen Teilnahme.

Wie bereits kurz angedeutet wurde, ist der Begriff der n. T. kein durch das Gesetz selbst umrissener etwa entsprechend dem des Versuchs in § 43 oder dem der Anstiftung in § 48 StGB. Man findet ihn vielmehr erst durch Untersuchung der einzelnen Verbrechen mit Hilfe der logischen Abstraktion. Bei Durchsicht des besonderen Teils des Strafrechts gewinnt man die Erkenntnis, daß es Verbrechen gibt, die durch eine Person allein gar nicht ausgeführt werden können, sondern das Mitwirken mehrerer notwendig erfordern. So kann z. B. die Gläubigerbegünstigung im Konkurse (§ 241 KO.) nur durch das Zusammenwirken des Schuldners, der eine Sicherung oder Befriedigung gewährt, und des Gläubigers, der diese annimmt; der Landfriedensbruch (§ 125 StGB.) sogar nur durch Zusammenrotten einer Menschenmenge, die mit vereinten Kräften Gewalt verübt, begangen werden[1]). Allgemein bezeichnet man solche Fälle im Anschluß an Schütze wegen des Erfordernisses einer Personenmehrheit als not=

[7]) Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld.

[1]) Über weitere Fälle vgl. die folgenden Ausführungen, insbesondere §§ 3 ff.

wendige Teilnahme[2]). Dabei ist aber zu beachten, daß dieser Begriff nicht identisch ist mit dem der technischen Teilnahme der §§ 47 ff. StGB. Vielmehr gehört er gar nicht den allgemeinen Lehren des Strafrechts an, sondern ist dessen besonderem Teil zuzurechnen. Denn die Frage, ob zum Zustandebringen eines Verbrechens eine Personenmehrheit erforderlich sei oder nicht, kann nur durch Prüfung der einzelnen Verbrechenstypen beantwortet werden. Besser wäre auch deswegen die Erscheinung mit dem neutralen Ausdruck „notwendige Beteiligung" bezeichnet gewesen. Da jedoch heute allgemein Klarheit über die Bedeutung des Begriffs herrscht[3]), mag die Bezeichnung beibehalten werden. Doch ist immer zu beachten, daß die n. T. eine Eigenschaft einzelner Verbrechen darstellt.

Ist bei einem konkreten Delikt das Tätigwerden mehrerer Personen erforderlich, so fragt es sich, ob irgendeine nach dessen Begriff notwendige Tätigkeit genügt, oder ob dieses sich auf ein bestimmtes Element des Verbrechens beziehen muß. Mit dieser Fragestellung ist das Problem einer Abgrenzung des Begriffs der n. T. aufgezeigt. Sie kann auf verschiedene Weise geschehen, so daß der Begriff eng oder weit wird. Denn eine Beteiligung am Verbrechen[4]) ist denkbar durch Erfüllung von beliebigen einzelnen Bestandteilen desselben, soweit dem nicht Grundsätze des Strafrechts entgegenstehen[5]). Es ist aber fraglich, ob eine solche weite Fassung, gegen die logisch nichts einzuwenden ist, zweckmäßig ist und irgendwelchen Erkenntniswert hat.

Einer Verwirklichung durch menschliches Verhalten sind auch die Strafbarkeitsbedingungen fähig[6]). Sie können zu dem Verbrechensgrundbegriff hinzutreten. Mit Rittler[7]) und Hegler[8])

---

[2]) Die genaue Definition des Begriffs kann erst nach Erledigung verschiedener Zweifelsfragen am Schlusse des Paragraphen gegeben werden.

[3]) Abweichend früher hauptsächlich Kriegsmann a. a. O. S. 254.

[4]) Nicht im Sinne der §§ 47 ff. StGB., sondern als Beteiligung an der Ausführung des Verbrechens.

[5]) So kann natürlich wegen der Bezogenheit der einzelnen Elemente aufeinander und wegen des Wesens des Verbrechens nicht der eine den Tatbestand erfüllen, ein anderer die Rechtswidrigkeit, ein Dritter die Schuld hinzutragen. Wohl ist aber bei zusammengesetzten Tatbeständen (z. B. § 243 Ziff. 2 StGB.) Arbeitsteilung in der Weise möglich, daß ein jeder einen Teil des Tatbestandes, sei es auch ein subjektives Unrechtselement verwirklicht, oder aber auch Zusammenwirken derart, daß einer den Tatbestand, ein anderer eine Strafbarkeitsbedingung erfüllt. Siehe hierzu das Folgende.

[6]) Vgl. Rittler in Österr.ZStW. 8 S. 324—326.

[7]) a. a. O. S. 347 f.

[8]) ZStW. 36 S. 223 ff.

verstehen wir hierunter solche Momente, von denen die Strafbarkeit eines verbrecherischen Verhaltens abhängt, ohne daß diese selbst das Wesen der Tat ausmachen und sie als ein bestimmtes Verbrechen, z. B. als Mord oder Diebstahl charakterisieren. Sie gehören nicht zu den Verbrechensvoraussetzungen, sondern bedingen nur die Strafbarkeit. Das Verhalten bleibt auch Unrecht, wenn es in schuldhafter Weise einen Verbrechenstypus erfüllt, ohne daß die Folge, die Strafbarkeit ausgesprochen wird[9]). Die Strafbarkeitsbedingungen stehen überhaupt zu dem Verbrechen als rechtswidrigem Verhalten nur in lockerem Zusammenhang. Denn dieses charakterisiert sich seinem Wesen nach als Gesellschaftsschädlichkeit[10]). Die Strafbarkeitsbedingungen beeinflussen jedoch die Verwerflichkeit der Tat nicht. Sie bedingen nur deren Folge. Sind sie nicht erfüllt, so kann Strafe nicht eintreten.

Zu der Einführung der Strafbarkeitsbedingungen hat den Gesetzgeber die Tatsache veranlaßt, daß bei gewissen Delikten die generelle Strafdrohung zu Interessenkonflikten führen kann, die er beachten muß. Er hat deshalb gewissermaßen eine Sicherung dadurch getroffen, daß er bei einem infolge gewisser Umstände mangelnden staatlichen Interesse an der Bestrafung des Täters erst die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen verlangt. So wird namentlich auf den Eintritt gewisser Ereignisse Rücksicht genommen und von ihnen die Strafbarkeit abhängig gemacht[11]). Solche Strafbarkeitsbedingungen sind streng vom Tatbestand zu scheiden. Dieser stellt den logischen Umriß des verbrecherischen, gesellschaftsschädlichen Verhaltens selbst dar[12]). Die Strafbarkeitsbedingung dagegen hemmt nur den Eintritt der Folge der Gesellschaftsschädlichkeit.

Ließe man die Erfüllung einer solchen Strafbarkeitsbedingung genügen, so würde sie auch bei einer verbrecherischen Tätigkeit nur einer Person einen Fall n. T. schaffen.

Dies ist denn auch die Folge der am weitesten gehenden Begriffsbestimmung von Schütze[13]), dem früher Frank[14]) folgte. Nach Schütze liegt n. T. dann vor, wenn der Begriff eines Verbrechens, worunter er auch die Strafbarkeitsbedingungen einbezieht, das Mit-

---

[9]) So auch Frank IV Vorbem. zum 4. Abschnitt; Hegler a. a. O. S. 229; besonders aber Beling, L. v. V. S. 52.

[10]) Vgl. Hegler a. a. O.

[11]) Zahlreiche Beispiele bei Rittler a. a. O. S. 337 ff.

[12]) Vgl. Beling, Grundzüge S. 52 ff., L. v. V. S. 51 ff.; v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch S. 280; Rittler a. a. O. S. 324, 330.

[13]) a. a. O. S. 318.

[14]) Vgl. bei Freudenthal a. a. O. S. 98.

wirken mehrerer Personen erfordert. Zieht man die Grenze so weit, dann sind auch die Delikte der §§ 176 Ziff. 3, 179, 182, 240, 253 StGB. Fälle n. T. Bei ihnen ist außer der Tatbestandshandlung noch die Handlung eines Dritten als Erfolg der ersten erforderlich, so das Verüben der Unzucht in § 176 Ziff. 3 bei Verleitung zu solcher, die Gestattung des Beischlafs in § 179, die Ausführung desselben in § 182, Handlung, Duldung oder Unterlassung in § 240 und 253 StGB. Diese Handlungen stellen Strafbarkeitsbedingungen dar, von deren Vorliegen die Strafbarkeit der Tat abhängig ist. Denn die eigentliche Gesellschaftsschädlichkeit wird bereits herbeigeführt durch das Verleiten[15]) zur Unzucht (§ 176 Ziff. 3) oder zur Gestattung des Beischlafs (§ 179), durch das Verführen (§ 182), das Nötigen (§§ 240 und 253). In sämtlichen Fällen wird der Erfolg durch eine Handlung desjenigen herbeigeführt, der nicht der Täter des Verbrechens ist. Findet die bezeichnete Handlung des Dritten nicht statt, so kann eine Bestrafung wegen eines vollendeten Delikts nicht erfolgen. Denn die Strafbarkeit wird bedingt durch den Erfolgseintritt.

Zur n. T. wären bei einer so weiten Begriffsbestimmung wie der von Schütze vertretenen auch Fälle zu rechnen, in denen nicht ein Erfolg, sondern eine Vortätigkeit zu diesem oder dessen Fehlen als Strafbarkeitsbedingung auftritt, z. B. in § 116, wo das Auffordern, § 216 das Verlangen und § 237 StGB. die mangelnde Einwilligung als solche Merkmale erscheinen. Diese Tätigkeiten gehören nicht zur Verbrechenshandlung und charakterisieren sich in keiner Weise als Gesellschaftsschädlichkeit. Von ihrem Vorliegen hängt vielmehr nur die Bestrafung der antisozialen Tätigkeit, des Sichnichtentfernens in § 116, des Tötens in § 216, der Entführung in § 237 ab.

Mit Recht faßt man heute allgemein den Begriff der n. T. enger als Schütze. Seine Formulierung ist allerdings nicht logisch unrichtig, wohl aber unzweckmäßig. Denn rechnet man auch solche Fälle hierher, bei denen ein Mitwirkender bloß eine Strafbarkeitsbedingung zu erfüllen hat, so wird der Begriff der n. T. überaus weit und verschwommen. Erkenntniswert würde er dann nicht besitzen[16]).

---

[15]) Bei diesem Fall ist zu beachten, daß das Verüben der Unzucht als selbständige Handlung strafbar ist. Jedoch hat der Gesetzgeber auch das minder weitgehende „Verleiten" für strafwürdig erklärt. Liegt dies nicht vor, so kommt ihm gegenüber das Verüben selbst nicht als tatbestandsmäßige Handlung in Betracht. Es ist dann bloß Strafbarkeitsbedingung.

[16]) Vgl. auch Freudenthal a. a. O. S. 99.

So ist man denn mehr und mehr davon abgekommen, das Zusammenwirken zur Erfüllung des Deliktsbegriffs überhaupt genügen zu lassen. Dies ist der Sache nach auch gerechtfertigt. Denn n. T. stellt eine Art des Mitwirkens am Verbrechen dar. Das Verbrechen aber ist menschliches Verhalten, das sozialschädlich ist. Werden nun bei einem Delikt immer mehrere in antisozialer Weise tätig, so ist es gerechtfertigt, einer solchen Erscheinung wegen der erhöhten Gefahr für die Gesellschaft besondere Beachtung zu schenken. N. T. bedeutet daher notwendiges Mitwirken mehrer Personen bei der Verübung des Verbrechens. Diese kann aber nur durch Ausführung von Tatbestandshandlungen vor sich gehen. Es müssen also auch die mehreren an der Erfüllung des Verbrechenstypus[17]) mitwirken. Damit ist eine feste Grundlage gewonnen für die n. T. Das Tätigwerden mehrerer bei der Ausführung des Verbrechens als sozialschädlichen Verhaltens ist die Eigenart dieser Erscheinung.

Zusammenfassend kann man sonach die n. T. bezeichnen als eine Eigentümlichkeit solcher strafrechtlicher Tatbestände, bei denen zur Vornahme der Verbrechenshandlung das Mitwirken mehrerer Personen erforderlich ist[18]), und zwar entweder derart, daß die mehreren in einer Richtung zusammenwirkend tätig werden, oder daß sie sich in ihren Tätigkeiten ergänzen und so einen Gesamterfolg herbeiführen. Fälle der ersten Art gehören zu den von Freudenthal sog. „Konvergenzdelikten“[19]), solche der zweiten Art zu den „Begegnungsdelikten“[20]).

Faßt man den Begriff der n. T. wie hier, so erweist sich die Lehre nur als Ausschnitt aus der Tatbestandslehre[21]). Denn notwendiges Mitwirken am Verbrechen ist nur möglich durch Tätigkeit mehrerer Personen bei der Ausführung der Verbrechenshandlung[22]),

---

[17]) So die h. M. Vgl. Frank V, 1 Vorbem. zu §§ 47 ff.; Freudenthal a. a. O. S. 100; Lobe im Leipz. Komm. S. 73; Thomsen, Strafrecht S. 143; wohl auch Beling, L. v. V. S. 402. Ähnlich wie die Zitierten Olshausen-Niethammer, Komm. Vorbem. 11 zu § 47. Richtig gleichfalls RG. in E. 25 S. 369 zur früheren Fassung des § 181 Z. 2 StGB.: Die Erfüllung einer objektiven Strafbarkeitsvoraussetzung genüge zur Annahme von n. T.

[18]) Zur Vornahme der Verbrechenshandlung ist das Mitwirken auch da notwendig, wo doppelseitige Tätigkeiten einander bedingen, eine nie ohne die andere denkbar ist, mag auch die Tätigkeit einer Seite nicht strafbar sein. Vgl. z. B. § 241 KO.

[19]) Fälle: §§ 115, 124, 125, 119, 123 Abs. 2, 223 a, 293 StGB. u. a.

[20]) S. z. B. §§ 83, 109, 171, 205, 227, 331 StGB.

[21]) So schon v. Buri, GS. 22 S. 223.

[22]) Ein solches liegt auch in den Fällen vor, wo nur die eine Seite vertypt ist (vgl. z. B. § 331 StGB.). Denn hier bedingt die Gegentätigkeit,

die den Kern des Unterrichtstypus darstellt. Wird die Lehre von der n. T. auf die Lehre vom Tatbestand zurückgeführt, so sind auch die Folgen der gewonnenen Erkenntnis aus dieser zu erklären.

Zunächst sind die bereits (S. 6 des Textes) erwähnten Fälle nicht solche n. T., da bei ihnen nur eine der mehreren Personen zur Verwirklichung der Tatbestandshandlung tätig wird, die andere dagegen nur eine objektive Strafbarkeitsbedingung erfüllt, an der Ausführung des Verbrechens also nicht mitwirkt. Es scheiden aber noch eine Reihe weiterer Delikte aus, die häufig zur n. T. gerechnet werden. So gehören insbesondere die Kuppelei und grundsätzlich auch die Zuhälterei (§§ 180—181 a StGB.) nicht hierher. Denn die Tatbestandshandlung dieser Delikte erfordert[23]) nicht notwendig das Mitwirken mehrerer. So ist insbesondere das Vorschubleisten zur Unzucht bei der Kuppelei eine völlig einseitige Tätigkeit, die keiner Ergänzung durch das Handeln der Verkuppelten bedarf. Insbesondere steht es zur Ausübung der Unzucht nicht im Verhältnis der Korrelation, der notwendigen Zusammengehörigkeit[24]). Das Vorschubleisten würde z. B. schon dann vollendet sein, wenn der Kuppler der Unzuchttreibenden einen versteckten Ort zur Ausübung der Unzucht zeigt. Da nach dem Tatbestand des § 180 die Ausübung der Unzucht aber nicht notwendig ist, braucht die Verkuppelte selbst zur Vollendung des Delikts gar nichts zu tun. Sie kann sich völlig passiv verhalten. Die fördernde Person kann also auch allein tätig werden[25]). Die Kuppelei ist schon deswegen kein Fall der n. T., weil das Verharren einer Person in Untätigkeit nicht der Voraussetzung der n. T. entspricht, die immer das aktive Tätigwerden beider Teile erfordert[26]).

Dieselbe Sachlage findet sich bei der schweren Kuppelei (§ 181 StGB.). Auch hier ist entgegen der vor der Novelle vom 25. 6. 1900 geltenden Bestimmung die Ausübung der Unzucht nicht notwendig. Vielmehr ist nur eine qualifizierte Art ihrer Förderung strafbar[27]).

---

das Gewähren, Anbieten, Versprechen erst die Möglichkeit der Verbrechenshandlung.

[23]) Abgesehen von dem „Beziehen" des Lebensunterhalts in § 181 a StGB.

[24]) Richtig Zadek, GS. 40 S. 569. Vgl. auch Rüdorff-Stenglein, Komm. N. 5 II zu § 180 und die bei Vogels, Die sog. Ausnahmen von der Teilnahmelehre S. 68 zitierten Entscheidungen.

[25]) A. M. Vogels a. a. O. S. 68.

[26]) Vgl. hierzu noch Lobe im Leipz. Komm. S. 73. Unzutreffend fordert OLG. Königsberg in Höchstrichterl. Rspr. 3 S. 192 (mitgeteilt von Sieloff) bewußtes Mitwirken aller Beteiligten bei der Kuppelei.

[27]) Vgl. RGE. 25 S. 369 und Zitierte.

Dagegen ist das Beziehen des Lebensunterhalts bei der Zuhälterei ohne die entsprechende Tätigkeit des Gewährens nicht denkbar. Die anderen Alternativen des zuhälterischen Verhaltens (Schutzgewähren, sonstiges Fördern) bedürfen jedoch einer Ergänzung nicht. Sie können von dem Zuhälter allein ausgeführt werden. Insofern ist die Zuhälterei kein Delikt mit n. T.[28]).

Gehören die in Frage stehenden Delikte nicht hierher, so ist doch insbesondere die Kuppelei für das Problem der sog. Ausnahmen von der Teilnahmelehre ein lehrreiches Vergleichsobjekt. Es wird sich an der entsprechenden Stelle noch Gelegenheit finden, hierauf zurückzukommen.

N. T. liegt ferner nicht vor in den Fällen der sog. Beischlafs- (§§ 172, 173 StGB.) und Unzuchtverbrechen (§§ 174, 175, 176 Ziff. 3 StGB.)[29]). Die Vollziehung des Beischlafs oder die Vornahme der unzüchtigen Handlung ist hier die Verwirklichung der tatbestandsmäßigen Tätigkeit. Dazu ist keineswegs das aktive Mitwirken mehrerer Personen notwendig. Es genügt die Anwesenheit der die Handlung möglich machenden Person, ohne daß diese selbst irgendwie tätig wird. Sie kann bloßes Tatobjekt sein. Dies trifft z. B. dann zu, wenn sie sich in unzurechenbarem oder willenlosem Zustand befindet, so daß von einem bewußten Handeln[30]) nicht geredet werden kann. So ist die im Schlaf befindliche Person, an der unzüchtige Handlungen vorgenommen werden[31]), nicht notwendig Mitwirkende, da sie nicht bewußt tätig wird, sondern unter Umständen nur Reflexbewegungen ausführt. Dies kann zur Erfüllung von n. T. nicht ausreichen, da ein aktives Tätigwerden die unentbehrliche Voraussetzung hierzu ist. In den Fällen der Unzuchtsdelikte kann also und wird auch in der Regel, abgesehen von § 175 StGB., die Tatbestandshandlung, die Vornahme unzüchtiger Handlungen, einseitig vom Täter ausgeführt

---

[28]) Unrichtig Hamann, Die ausbeuterische Zuhälterei S. 40.

[29]) So richtig Freudenthal a. a. O. S. 46. Zu § 172: Cohn, Das Problem der Bestrafung des Ehebruchs S. 32; a. M. van Calker, Strafr. S. 75; Geyer in Holtzend. Handb. Bd. 2 S. 324; Schütze a. a. O. S. 318; Schwartz, Komm. S. 126; v. Schwarze, Komm. S. 122, 2; zu § 173: a. M. Geyer a. a. O.; Lobe im Leipz. Komm. S. 73; Schütze a. a. O. Zu § 174: a. M. van Calker a. a. O.; Doerr, D. Strafrecht S. 70; M. E. Mayer, Allg. Teil S. 386 (zu Ziff. 1); Oppenhoff-Delius, Komm. S. 108 Anm. 2; RG. in Rspr. 10 S. 713. Zu § 175: Schütze a. a. O. Zu § 176 Ziff. 3: Doerr a. a. O.

[30]) „Bewußt' hier psychologisch verstanden, nicht im Sinne von Kenntnis der Unerlaubtheit, also ohne Beziehung zur Schuldlehre.

[31]) Vgl. den Fall RG. in Rspr. 3 S. 161.

werden, ohne daß das Tatobjekt irgendwie mittätig werden muß. Aber auch sonst (bei §§ 172, 173, 175) genügt das Ausführen der Verbrechenshandlung durch einen, während der andere gar nicht aktiv mitzuwirken braucht, sondern nur zugegen ist und die Tätigkeit des Ausführenden ermöglicht. Doch ist in diesen Fällen das aktive Mitwirken zweier Personen die Regel, wenn auch nicht notwendig. Sie scheiden daher aus der Gruppe der Delikte mit n. T. aus. Es sind nur solche Verbrechen hierher zu rechnen, bei denen das Tätigwerden mehrerer Personen zur Ausführung der Tatbestandshandlung erforderlich ist.

§ 3.

Die Grenzen der Strafbarkeit des notwendig Beteiligten als Täters.

Namentlich in denjenigen Fällen der n. T., wo die Tätigkeiten der einzelnen Personen sich gegenseitig ergänzen, ist es denkbar, daß der Gesetzgeber nur das Verhalten der einen Seite vertypt und für strafbar erklärt, das entsprechende der anderen aber nicht erwähnt. Die Gründe einer solchen Regelung liegen darin, daß die nicht vertypte Tätigkeit nicht für strafwürdig gehalten wird. Fälle solcher Art sind sehr zahlreich und finden sich am häufigsten im Gebiete der von uns sog. „Austauschdelikte". Hierunter sind solche Verbrechen zu verstehen, bei denen der Austausch von Leistungen, z. B. der Verkauf unzüchtiger Bilder, der Kauf und Verkauf von Stimmen, der Erwerb von Gegenständen, die nicht veräußert werden sollen, mit Strafe bedroht ist. Beispiele sind enthalten in den §§ 184 Ziff. 1, 259, 288, 324 StGB., 243 KO. und 151 GenG. Aber auch sonst ist diese Erscheinung nicht selten. So wird das Gewähren von Vorteilen in § 241 KO., das Inverkehrbringen in §§ 2, 6 des Gesetzes über die Inhaberpapiere mit Prämien, die ausbeutende Tätigkeit in §§ 301, 302, 302 a StGB., das Bestechen in § 331 StGB. mit Strafe bedroht, die entsprechende Handlung der Gegenseite: das Erwerben, das Annehmen, das Sichausbeuten- und Sichbestechenlassen dagegen nicht. Eine erschöpfende Aufzählung aller derartigen Fälle ist nicht erforderlich[1]). Für sie alle gilt das gleiche. Es fehlt für die entsprechende Tätigkeit die Vertypung. Wo aber ein Verhalten nicht durch einen strafrechtlichen Tatbestand umrissen ist, da kann auch keine Strafe eintreten. Denn der Tatbestand ist für den Gesetzgeber das unentbehrliche technische Hilfsmittel, ein menschliches Verhalten,

---

[1]) Gute Aufzählung bei Vogels a. a. O. S. 3 ff. und Brandes, Wann sind Teilnahmehandlungen straflos? S. 60 ff.

das ihm sozialschädlich und strafwürdig zu sein scheint, logisch zu umreißen, zu „typisieren" und ein für allemal mit Strafe zu bedrohen. Wo tatbestandlich umrissene Beurteilungssätze fehlen, verzichtet der Gesetzgeber auf die Beurteilung und Verurteilung der Tat durch den Richter[2]). Es ist deshalb nur die typisierte und mit Strafe bedrohte Handlung in den Fällen der n. T. strafbar[3]).

§ 4.

Die Grenzen der Strafbarkeit des notwendig Beteiligten als Teilnehmers.

Der notwendig Beteiligte, dessen Verhalten nicht strafrechtlich vertypt ist, kann weder als Täter noch als Mittäter verurteilt werden. Das ist eine unbestreitbare und unbestrittene Erkenntnis. Desto zweifelhafter aber ist das Problem, ob diese Person, wenn sie in einer Weise tätig wird, die sich als Teilnahme im technischen Sinne charakterisiert, nach §§ 48, 49 StGB. strafbar wird. Kann sie als Anstifter oder Gehilfe zu der Tat der Gegenseite bestraft werden, wo sie doch als Täter nicht strafbar ist? Die Frage auf einen konkreten Fall gestellt: Ist z. B. der Gläubiger, der den Schuldner veranlaßt, ihm eine sachlich oder zeitlich nicht zustehende Befriedigung zu gewähren, wegen Vergehens gegen § 241 KO. und § 48 StGB. zu verurteilen? Obwohl diese Frage schon mehrfach im Zusammenhang als auch gelegentlich bei einzelnen Delikten behandelt worden ist, ist sie doch in keiner Weise geklärt. Auch die Lösung, die Frank und Freudenthal gegeben haben, zeigt erst recht wieder das Problem auf, dessen Schwierigkeit von diesen Schriftstellern nicht genügend erkannt ist.

v. Kries[1]) hat es als erster in Angriff genommen und gezeigt, daß es auch über das Gebiet der n. T. hinaus von der größten Bedeutung ist[2]). Nach ihm ist eine einheitliche für alle Fälle zutreffende Begründung nicht möglich. Er faßt seine Ansicht in drei Sätzen zusammen. Der erste Satz lautet folgendermaßen: „Eine Person, zu deren Schutz ein Strafgesetz erlassen ist, kann niemals wegen Teilnahme an einer Übertretung desselben bestraft werden." Solche Fälle sieht v. Kries, soweit sie in das Gebiet der n. T. gehören, in den §§ 301, 302, 302a StGB.

---

[2]) Vgl. hierzu Sauer, Grundlagen des Strafrechts S. 306 ff.

[3]) Unstreitig. Vgl. zu den einzelnen Fällen die Kommentare und Lehrbücher.

[1]) ZStW. 7 S. 522 ff., bes. S. 527, 534, 546.

[2]) So z. B. bei §§ 120, 180, 257 StGB. Über diese vgl. den Text S. 42 ff.

Nach dem zweiten Satz kann jemand, der als Täter an einem Hauptdelikt strafbar ist, nicht noch wegen Teilnahme an einem Unterfall bestraft werden, wenn das Gesetz die Teilnahmehandlung zu einem selbständigen Verbrechen erhoben hat. Für die n. T. ist dieser Satz gegenstandslos, da solche Delikte in ihrem Bereich nicht vorkommen.

Schließlich muß — dies ist der dritte Satz — jemand dann als Teilnehmer straflos bleiben, wenn aus der Fassung des Tatbestandes oder aus dem Zusammenhang der einzelnen Gesetzesbestimmungen zu schließen ist, daß die betreffende Person überhaupt nicht bestraft werden soll. Hierher rechnet v. Kries die Bestechung des § 331 StGB., die Gläubigerbegünstigung im Konkurse § 241 (früher § 211) KO. und den Stimmenverkauf des § 243 (213) KO.

Freudenthal[3]) hat die v. Kries sche Dreiteilung aufgegeben und will alle Fälle gleichartig behandeln. Er tut dies mit Hilfe der Logik, indem er folgendermaßen argumentiert. Die Tatbestandshandlung eines Delikts stelle die Verletzung (bei Gefährdungsdelikten eine schwere Gefährdung), die Teilnahmehandlung dagegen nur eine Gefährdung (bei Gefährdungsdelikten dagegen nur eine leichtere Gefährdung) strafrechtlich geschützter Interessen dar. Sei nun nicht einmal die Verletzungshandlung (bzw. schwere Gefährdung) strafbar, so müsse um so mehr die bloße Gefährdungshandlung (bzw. leichtere Gefährdung) straflos bleiben.

Dieser Beweisführung hat sich Frank[4]) mit sachlich übereinstimmender, nur formell anders gefaßter Begründung angeschlossen. Er sieht, von der Kausallehre ausgehend, in der Täterschaft das Setzen einer Ursache, in der Teilnahme das Setzen einer bloßen Bedingung[5]). Sei das Setzen einer Ursache, der Täterschaft straflos, so folge daraus auch die Straffreiheit des Setzens einer Bedingung, der Teilnahme.

Ganz ähnlich begründet Höpfner[6]) die Straflosigkeit der Teilnahme. Er meint, wenn die unmittelbare Verletzung eines Rechtsgutes durch eigene Tätigkeit straflos sei, müsse es auch die nur mittelbar durch Teilnahme begangene sein. Die Straflosigkeit folge aus der im Verhältnis zu der der Täterschaft sekundären Natur der Strafdrohungen gegen die Teilnahme.

Der Frank-Freudenthalsche Schluß a majori scheint logisch evident zu sein. Dieser Umstand macht es verständlich, daß

---

[3]) a. a. O. S. 110.
[4]) Vorbem. V, 1 zu § 47.
[5]) I zu § 48; III, 2 a zu § 1.
[6]) ZStW. 26 S. 628.

die Wissenschaft heute fast geschlossen auf dem Boden der Frank-Freudenthalschen Lehre steht[7]) im Gegensatz zur Rechtsprechung, die ihr nicht gefolgt ist. Aber nicht die Logik allein scheint der h. M. eine starke Stütze zu bieten, sondern nach der Überzeugung ihrer Vertreter widerspricht auch die Ansicht der Gegner in hohem Maße der Gerechtigkeit. So wird ihnen denn vielfach und eindringlich der Vorwurf gemacht, daß das Ergebnis, den Teilnehmer in den in Frage stehenden Fällen zu strafen, sinnlos und ungerecht sei[8]). Man wird, ohne sich diesen Gründen zu verschließen, sie auf ihren wahren Erkenntnisgehalt kritisch zu prüfen haben.

Der Frank-Freudenthalsche Schluß ist der Grundpfeiler, auf dem die h. M. ruht. Aber dieser Grundpfeiler ist keineswegs so fest gebaut, daß er wissenschaftlicher Kritik Stand zu halten vermöchte. Vielmehr bietet der Schluß gerade von den Ergebnissen neuerer wissenschaftlicher Untersuchungen aus Anlaß zu Zweifeln. Treffen denn die ihm zugrundeliegenden Prämissen überhaupt zu? In logischer Beziehung stellt der Schluß ein argumentum a majori ad minus dar. Brandes[9]), der dies richtig erkannt hat, bringt ihn denn in folgerichtiger Fortführung der Frank-Freudenthalschen Beweisführung auf die kürzeste Formel. Er bezeichnet das Verhältnis von Täterschaft zur Teilnahme einfach als plus-minus-Beziehung. Aber auch die Schlußfolgerung von Frank und Freudenthal führt auf dasselbe Ergebnis hin. Denn jenem erscheint die Bedingung gegenüber der Ursache, diesem die Gefährdung gegenüber der Verletzung in logischer Hinsicht als ein Weniger.

Stehen Täterschaft und Teilnahme tatsächlich in einem solchem logischen Verhältnis? Gegen diese Behauptung ergeben sich so-

---

[7]) So außer Frank und Freudenthal im Ergebnis: v. Bar, Gesetz und Schuld Bd. 2 S. 734; Binding, Handb. Bd. 1 S. 361 (auf Grund seiner Subsidiaritätslehre); Brandes a. a. O. S. 47; A. Köhler Strafr. S. 508; M. E. Mayer, Allgem. Teil S. 387. Wie v. Kries: Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 210; Doerr a. a. O. S. 70; Gerland a. a. O. S. 143 f.; v. Liszt-Schmidt, Lehrb. S. 332. Teilweise übereinstimmend mit der h. M. geht Olshausen, Komm. Er will in jedem einzelnen Falle prüfen, ob die Teilnahme strafbar sein solle oder nicht. Vgl. hierzu Vorbem. 11 zu §§ 47 ff. Der h. M. treten entgegen: Beling, L. v. V. S. 438; Berner, Lehrb. S. 613; Lobe im Leipz. Komm. S. 11 f.; Thomsen a. a. O. S. 152 f., die letzten beiden mit kleinen Abweichungen. Gegen die h. M. insbesondere das Reichsgericht. Über seine Rechtsprechung und weitere Literaturnachweise vgl. die Ausführungen zu den einzelnen Delikten, ebenso wegen der Gründe gegen v. Kries und seine Anhänger.

[8]) Vgl. z. B. M. E. Mayer a. a. O. S. 387 (sehr maßvoll). Dagegen heftig Fuchs in JW. 1927 N. 13 zu S. 2629.

[9]) a. a. O. S. 47.

wohl de lege lata wie auch de lege ferenda[10]) gewichtige Bedenken. Täter und Teilnehmer setzen Ursachen zum Verbrechen, und zwar in der Weise, daß das Zusammenwirken beider den Gesamterfolg herbeigeführt. Bei der Anstiftung liegen die Kausalbeziehungen: Bestimmung des Täters durch den Anstifter, Ausführung der Tat durch den Täter; bei der Beihilfe: Förderung des Täters durch den Gehilfen und Ausführung der Tat durch den Täter vor[11]).

Eine Antwort auf die Frage, wer nun mehr zu dem Gesamterfolg beigetragen habe, der Täter oder der Teilnehmer, läßt sich in rein formal-logischer Weise nicht geben. Es ist unmöglich, die Tätigkeit des Teilnehmers in dieser Hinsicht unter allen Umständen als minus gegenüber der Täterschaft zu bezeichnen. In gesetzestechnischer Beziehung kann man sie vielmehr nur als aliud charakterisieren, da sie ein Handeln in der Außenzone darstellt, das in Relation zu der Täterhandlung steht. Der kausalen Betrachtung erscheinen aber die vom Täter und Teilnehmer gesetzten Bedingungen als gleichwertig. Das Verhalten des Teilnehmers darf auch nicht minder kausal für den Eintritt des Erfolgs sein wie das des Täters. Denn hat der Teilnehmer keine Ursache für den Erfolg gesetzt, so kann er auch nicht bestraft werden. Frank und Freudenthal fassen nun in der Tat aber das Verhältnis von Täterschaft zur Teilnahme als logisches plus-minus-Verhältnis auf. Hierbei verwechseln sie den grundsätzlichen Unterschied von formal-logischer und bewertender Betrachtung. Der Gesetzgeber verlangt allerdings, daß das Verhalten des Täters und das des Teilnehmers ursächlich für den Eintritt des Erfolges sei, bewertet aber rechtlich diese Ursachen nicht gleich. Er hat vielmehr durch Aufstellung einer besonderen Kategorie der „Teilnahme" neben derjenigen der Täterschaft angezeigt, daß er die einzelnen Handlungen verschieden bewerten will. Richtig ist daher, daß die Teilnahme (besonders die Beihilfe, aber auch die Anstiftung) häufig eine dem Werte nach geringere Tätigkeit darstellt als die Täterschaft. Das Gesetz hat dies auch schon dadurch angedeutet, daß es für die Beihilfe ganz allgemein mildere Strafe androht. Jedoch auch die Anstiftung wird der richterlichen Beurteilung des ein-

---

[10]) Vgl. Entwurf 1927 §§ 28 ff. (Teilnahme), der die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme beibehält.

[11]) Dies ist allerdings bestritten. Vgl. hierzu Frank I zu § 48 und I zu § 49 und v. Liszt-Schmidt S. 311. Würde die Tätigkeit des Teilnehmers zu der des Täters nicht in kausaler Beziehung stehen, so könnte auch keine Bestrafung eintreten. Denn was von einer Person nicht schuldhaft verursacht ist, dafür kann sie auch nicht zur Verantwortung gezogen werden. Dabei wird die Unterlassung einbegriffen.

zelnen Falles oft minder strafwürdig erscheinen[12]). Selbst wenn aber in den vorliegenden Fällen erwiesen wäre, daß die Teilnahmehandlung geringer zu bewerten ist als die Täterschaft, so wäre damit in keiner Weise über die logische Beziehung etwas ausgesagt.

Der Frank-Freudenthalsche Schluß ist daher unhaltbar. Er kann zur Begründung der Straflosigkeit des Teilnehmers nicht dienen.

Gegen die Schlußfolgerung Franks und Freudenthals ergibt sich noch ein weiteres Bedenken aus der Regelung der Kuppelei[13]). Diese wird vielfach der Sache nach durchaus zutreffend als Beteiligung an fremder Unzucht bezeichnet[14]). Denn Kuppeln ist Förderung der Unzucht. Der Begriff des Förderns aber stellt eine Beziehung dar, ist also ein Relationsbegriff. Das Fördern geht hiernach auf eine Beteiligung an fremdem Tun, mag es formell auch vom Gesetzgeber zur Täterschaftshandlung erhoben und nicht als technische Teilnahme aufzufassen sein. Nun ist die Ausübung der Unzucht selbst in aller Regel nach dem gegenwärtigen Rechtszustand nicht strafbar, sofern sie nicht in einer Weise auftritt, die besonders strafwürdig erscheint. Dies ist z. B. der Fall bei den Delikten der §§ 173—179 StGB. Dagegen ist die Kuppelei als bloße Beteiligung an fremdem Tun mit Strafe bedroht und sogar zu einem selbständigen Delikt erhoben. Nach der Beweisführung der h. M. müßte ein solches bloßes Fördern fremder Tätigkeit weniger strafwürdig erscheinen als die Haupttätigkeit selbst. Das Gesetz steht auf anderem Standpunkt. Wer die Unzucht ausübt, ist grundsätzlich straffrei, wer jedoch einem Dritten zu ihrer Ausübung „Hilfe leistet"[15]), verfällt der Strafe. Nun besteht allerdings hier formell nicht eine Beziehung von Täterschaft zu technischer Teilnahme. Aber materiell liegt doch ein Verhältnis von Haupttätigkeit zu bloßer Beteiligung vor. Das letzte trifft auch auf die Beziehung von Täterschaft zur technischen Teilnahmeform „Beihilfe" zu. Sie stehen nicht nur formell, sondern auch materiell als Haupttätigkeit und Beteiligung gegenüber. Aus dieser praktischen Regelung erhellt, daß die Begründung der h. M. nicht überzeugend ist. Sie läßt aber auch das Verständnis für den Einzelfall vermissen.

Was ist nun der Grund einer Regelung, wie sie bezüglich der Kuppelei getroffen ist? Die Bestrafung der Unzucht selbst interessiert

---

[12]) Vgl. zu diesem Problem die Ausführungen von M. E. Mayer a. a. O. S. 139, 381; Mezger, DStrafrZ. 8 S. 205; neuerdings auch v. Liszt-Schmidt S. 309 f., 159 f.

[13]) Dies trifft auch nach dem Entwurf 1927 §§ 304 ff. zu.

[14]) Vgl. statt aller Frank zu § 180; Schwartz A. 9 zu § 180; Vogels a. a. O. S. 66.

[15]) Höpfner, ZStW. 26 S. 584.

den Staat grundsätzlich nicht, weil hier nur rein persönliche Belange zweier Personen auf dem Spiele stehen, wenn diese die Unzucht mit gegenseitigem Einverständnis vornehmen. Sie haben über die Freiheit ihres Geschlechtslebens vom Standpunkt des Staates aus selbst zu befinden. Mischt sich aber ein Dritter in solche Unzucht ein, so berührt das nicht bloß persönliche Belange eines kleinen Kreises, sondern es werden die Interessen der Allgemeinheit verletzt. Denn das Einmischen stellt einen Verstoß gegen das allgemeine sittliche Gefühl dar. Dies soll durch die Strafdrohung geschützt werden[16]). Den Gesetzgeber zwingt also der Umstand, daß eine Handlung, die ursprünglich nur private Belange berührt, sich zu einer Verletzung der Allgemeinheit auswirkt, zur Aufstellung einer Strafdrohung. Er geht hierbei von dem Gedanken aus, daß das Interesse der Allgemeinheit die persönlichen Belange zweier Menschen überragt und daher die Pönalisierung der Handlung erforderlich macht.

Die h. M. müßte von ihrer Schlußfolgerung aus durch eine solche Regelung bedenklich gestimmt werden. Ihre Beweisführung erschöpft sich aber keineswegs in der Verwertung des Frank-Freudenthalschen Schlusses. Vielmehr sind die Begründungen für die Straflosigkeit des Teilnehmers im Hinblick auf die Einzelfälle mannigfacher Art. Es sind im wesentlichen hier zwei oft ineinander übergehende Methoden zu unterscheiden, insofern als die einen Schriftsteller mehr eine formal-logische Beweisführung zur Anwendung bringen, andere mehr das teleologische Moment in den Vordergrund rücken. Hierzu sind die einzelnen Delikte zu vergleichen. Soweit nicht unmittelbar der Schluß a majori den Beweisführungen der h. M. zugrundeliegt, wird bei der Behandlung der Fälle sich Gelegenheit bieten, ihre Gründe kritisch zu prüfen. Es mag nunmehr das Problem von der Seite der einzelnen Delikte her in Angriff genommen werden.

1. Die Bestechung.

Bei der Beamtenbestechung (§§ 331 ff. StGB.)[17]) muß man zwischen aktiver Tätigkeit, das ist dem Anbieten, Versprechen oder Gewähren von Vorteilen für eine Amtshandlung, und passiver, der Annahme angebotener oder versprochener Vorteile unterscheiden. Innerhalb dieser Regelung hat man ferner zu trennen die Bestechung zur Vornahme einer nichtpflichtwidrigen und diejenige zur Vornahme einer pflichtwidrigen Handlung. Bei der ersten ist nur die passive Seite in § 331, die Geschenkannahme, nicht aber die aktive

[16]) So auch Jacobs, Tatobjekt und Schutzobjekt S. 60 f.
[17]) Ebenso Entwurf 1927 §§ 123 u. 124.

Tätigkeit, das Gewähren usw., für strafbar erklärt[18]). Die aktive Bestechung zu einer nichtpflichtwidrigen Handlung ist sonach mangels eines Tatbestandes nicht als Täterschaft zu bestrafen. Damit ergibt sich die Frage, ob der Bestechende in diesem Falle sich strafbar macht, wenn er als Teilnehmer an der Handlung des Bestochenen tätig wird.

v. Kries[19]) hält die bestechende Person in jeder Hinsicht für straflos. Er begründet dies (nach seinem dritten Satz) damit, daß sich der Zweck der Straflosigkeit aus dem systematischen Zusammenhang der Strafbestimmungen ergebe. Dieser Zweck dürfe nicht dadurch vereitelt werden, daß man doch wieder die technischen Teilnahmevorschriften zur Anwendung bringe. Diese Ausführung enthält einen zutreffenden Gedanken. Doch bedarf sie noch einer genaueren Begründung. Unzureichend ist dagegen die häufig[20]) angewandte Beweisführung, daß aus der Straflosigkeit der Täterschaft diejenige der Teilnahme ohne weiteres folge. Veranlaßt der Bestechende durch Versprechen von Vorteilen vorsätzlich den Bestochenen zu einer, sei es auch nichtpflichtwidrigen Handlung, so liegen in jeder Hinsicht die Strafbarkeitsvoraussetzungen der Anstiftung, tatbestands-annexerfüllendes[21]), rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten vor. Das Problem ist nun das, ob der Staat trotzdem von einer Bestrafung absieht, weil er die Tätigkeit nicht für strafwürdig genug hält.

Man kann hier folgende Erwägung anstellen. Das Gesetz hat zwischen Bestechung zu pflichtwidrigem und nichtpflichtwidrigem Handeln unterschieden. Bei der ersten sind die sich entsprechenden gegenseitigen Tätigkeiten in den §§ 332 und 333 StGB. als Täterschaft mit Strafe bedroht. Die gleiche Regelung findet sich bei der Richterbestechung in § 334 Abs. 1 und 2 StGB. Damit ist unzweideutig zum Ausdruck gekommen, daß die Arten gegenseitigen Mitwirkens bei der Bestechung, die sich als Anbieten und Annehmen, Versprechen und Sichversprechenlassen, Gewähren und Fordern gegenüberstehen, immer als Täterschaft zu behandeln sind. Niemals kann sonach die Tätigkeit des § 333 im Verhältnis zu der in § 332 bedrohten als Teilnahme beurteilt werden. Bei der Bestechung zu nichtpflichtwidrigem Handeln ist dagegen nur die passive Seite als

---

18) So auch Entwurf 1927.

19) ZStW. 7 S. 546.

20) So Frank V zu § 331; Gerland a. a. O. S. 267; Hälschner, Das gem. d. Strafr. Bd. 2, 2 S. 1037; Meves in Holtzend. Hdb. 3 S. 966.

21) Vgl. Beling, L. v V. S. 396. Die Teilnahmeformen sind keine „Tatbestände" in der üblichen Terminologie, sondern bloße Zusätze, „Annexe" zu Tatbeständen.

Täterschaft mit Strafe bedroht, die aktive Seite aber aus kriminalpolitischen Gründen nicht vertypt. Aus der Regelung der Bestechung zur Pflichtwidrigkeit ist zu schließen, daß auch bei der Bestechung zu nichtpflichtwidrigem Handeln die der passiven entsprechende aktive Tätigkeit, das Anbieten, Gewähren oder Versprechen als Täterschaft hinzuzudenken ist. Dies ist durch die systematische Anordnung der einzelnen Bestimmungen über die Bestechung und die Korrelation der Begriffe, die die Tätigkeiten bei der Bestechung ausdrücken, angedeutet[22]. Der Gesetzgeber will alle diese Handlungen als Täterschaft behandelt wissen. Kann nun die der passiven entsprechende aktive Tätigkeit in § 331 nur als Täterschaft gedacht werden. so kann dieselbe Tätigkeit niemals den Bestimmungen der technischen Teilnahme subsumiert werden.

Wie ist dieses Ergebnis mit den von der Wissenschaft herausgearbeiteten Grundsätzen über den juristischen Aufbau des Verbrechens in Einklang zu bringen? Es wurde bereits gesagt, daß im Falle einer Veranlassung des Beamten zu einer nichtpflichtwidrigen Handlung durch Versprechen von Vorteilen in jeder Hinsicht die Verbrechenselemente der Anstiftung zur Bestechung des § 331, Tatbestandsannex, Rechtswidrigkeit und Schuld vorliegen. Bei solcher Sachlage wäre es nur möglich, daß der Staat auf die Bestrafung des Verhaltens keinen Wert legt. Denn das Vorhandensein jener Verbrechenselemente kann man nicht einfach hinwegdeuten. Wo nun trotz Vorhandenseins eines Delikts keine Strafe eintreten soll, da bedient sich der Gesetzgeber entweder des technischen Hilfsmittels der Aufstellung von Strafbarkeitsbedingungen oder von persönlichen Strafausschließungsgründen. Eine Strafbarkeitsbedingung kann hier nicht vorliegen, da weder ausdrücklich angezeigt ist, daß die Bestrafung nur bei Erfüllung einer bestimmten Voraussetzung einzutreten habe, noch auch dies sich aus der Lage der Sache ergibt.

Wohl aber kommt die Gewährung eines Strafausschließungsgrundes[23]) in Betracht. Hierunter verstehen wir einen solchen Um-

[22]) Ähnlich wie hier außer v. Kries: Frassati, ZStW. 15 S. 459; Jordan, Die Strafbarkeit des Stimmenkaufs im Aktienrecht S. 22 f.; Olshausen-Freiesleben N. 1 zu § 331; Teichmüller, Die Bestechung S. 20; Vogels a. a. O. S. 46. So auch die Rechtsprechung, früher schon Preuß. OTr. 13 S. 582; jetzt das RG. in E. 13 S. 181, 36 S. 68, 42 S. 383.

[23]) Der Begriff des Strafausschließungsgrundes wird hier als persönliche Straffreiheit aufgefaßt und streng unterschieden von den Strafausschließungsgründen im weiteren Sinne, die in Wirklichkeit Deliktsausschließungsgründe sind (vgl. v. Liszt-Schmidt S. 279 u. 145 f.). Denn in diesen Fällen entfällt nicht nur die Strafe, sondern ein wesentliches Verbrechenselement: Tatbestand, Rechtswidrigkeit oder Schuld.

stand, der fehlen muß, damit die Bestrafung einer Person, die in gesellschaftsschädlicher Weise tätig geworden ist, nicht eintritt. Die Verbrechenselemente sind in solchem Fall sämtlich gegeben[24]). Nur besteht für den Staat wegen irgendwelcher in der Person des Täters liegender oder sonstiger äußerer Umstände[25]) kein Interesse an der Strafe. Aber dieser Grund wirkt nur für die bestimmten Personen und nicht für alle in gleicher Weise. Solche Fälle persönlicher Straffreiheit sind im geltenden Recht gar nicht selten. Sie bilden ein wirksames Korrektiv, wo eine generell angedrohte Bestrafung zu unbilligen Ergebnissen gegen Personen führen würde, die zwar sozialwidrig gehandelt haben, und denen man dieses Verhalten auch vorwerfen kann, für die aber eine Bestrafung zu hart wäre.

Dieser Sachverhalt liegt auch bei der Teilnahme an der Passivbestechung nach § 331 vor. Zwar ist das Verhalten des Teilnehmers sozialschädlich, weil er den Täter zu einer strafbaren Handlung veranlaßt oder ihm zu einer Tat Hilfe leistet, die seinen Beamtenpflichten widerspricht. Das ist ihm auch vorzuwerfen, weil er bewußt und vorsätzlich so gehandelt hat und weil von ihm eine pflichtmäßige Motivierung seines Willens insoweit zu erwarten war, daß er sich des Mittels des Anbietens, Gewährens oder Versprechens zur Veranlassung oder Förderung enthielt. Die Verquickung von Dienstleistungen eines Beamten mit Vorteilen ist deshalb für den Teilnehmer an der Bestechung des § 331 pflichtwidrig, weil er das staatliche Interesse an der Unentgeltlichkeit der Amtshandlung verletzt. Dafür trifft ihn ein Vorwurf. Seine Schuld kann also nicht ausgeschlossen sein[26]). Aber es besteht hier eine Kollision zwischen dem Interesse des Staates an der Unentgeltlichkeit einer Amtshandlung und der Vornahme dieser als solcher pflichtmäßigen Amtshandlung. Eine Tätigkeit, die nur Anstoß oder Förderung eines Verhaltens wird, das als solches pflichtmäßig und auch sozial nützlich ist, zu unterbinden, hat der Staat keinen Grund. In einem solchen Konflikt muß das stärkere Interesse, d. i. dasjenige an der Vornahme der Handlung vorgehen. Es gilt hier das Prinzip

---

[24]) Über den Begriff des persönlichen Strafausschließungsgrundes vgl. Beling, L. v. V., S. 62; dens., Grundzüge S. 56 f.; Frank IV Vorbem. zum 4. Abschn.; Hegler, ZStW. 36 S. 229; v. Liszt-Schmidt S. 279. Sämtliche betonen, daß alle Verbrechenselemente in diesem Falle gegeben sind. Dieser Meinung schließt sich der Text an.

[25]) Über Einzelfälle vgl. Hegler a. a. O. S. 229 ff.

[26]) Darüber daß das Wesen der Schuld in der Vorwerfbarkeit beruht, vgl. Frank 4. Abschn. II; Freudenthal, Schuld und Vorwurf S. 3 ff.; v. Liszt-Schmidt S. 215 ff. und N. 9 S. 215. Siehe auch den Text S. 39 f.

der Prävalenz des für die Gesellschaft förderlichsten Handelns[27]). Dieses kann alsdann nicht strafbar sein. Sonach ist dem aktiv tätigen Bestecher ein persönlicher Strafausschließungsgrund gegeben[28]). Er kann also nicht als Teilnehmer an dem Vergehen des § 331 StGB. bestraft werden, soweit er einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt[29]).

Ist so der aktiv Tätige im Fall des § 331 nicht als Anstifter strafbar, wenn er in der Form des Gewährens, Versprechens oder Anbietens den Beamten anstiftet, so bleibt doch durchaus weiterhin fraglich, ob er auch dann straflos ausgeht, wenn er den Beamten in anderer Weise zu seiner Tat bestimmt. Aus der systematischen Anordnung der gesetzlichen Vorschriften ist kein Schluß möglich, daß die Straffreiheit auch diesen Fall betrifft. Es ist folgendes zu bedenken. § 48 StGB. ist grundsätzlich immer anwendbar, wenn seine objektiven Elemente schuldhaft erfüllt sind. Eine Ausnahme von dieser Regel ist nur durch Aufstellung von Strafbarkeitsbedingungen oder Strafausschließungsgründen möglich. Eine Strafausschließung ist aber aus der Systematik nur für das Gewähren und die entsprechenden sonst als Täterschaft vertypten Tätigkeiten zu rechtfertigen, für alle anderen nicht[30]). Das ist auch gerechtfertigt. Denn hier tritt noch der andere Gesichtspunkt hinzu, daß der Beamte bei der Vornahme seiner Amtshandlung freie Bewegung haben muß. Hierin wird er gestört. Jedoch ist das ganze Problem gar nicht von erheblicher Bedeutung, da die Anstiftung in der überwiegendsten Zahl der Fälle in der Form des Gewährens usw. stattfinden wird, und die Möglichkeit einer anderen Art der Anstiftung als überaus selten zu bezeichnen ist. So ist allerdings denkbar, daß jemand einem Beamten den Vorteil durch Zwang aufdrängt, ohne daß eine gewaltsame Nötigung zu einer Amtshandlung vorliegt. Aber dieser Fall

---

27) So im Prinzip auch Hegler, ZStW. 36 S. 229.

28) So ist auch nach Beling, L. v. V. S. 437 f. die Straflosigkeit allein zu begründen.

29) Außer den S. 18 N. 22 zitierten Schriftstellern: Berner, Lehrb. S. 670; Binding, Hdb. Bd. 1 S. 361; v. Birkmeyer, V.D.B.T. 9 S. 318; v. Liszt-Schmidt S. 820; Meyer-Allfeld S. 606; A. Köhler S. 508; Oppenhoff-Delius N. 14; Rosenberg im Leipz. Komm. N. 18; Rüdorff-Stenglein N. 9; Schwartz N. 15; v. Schwarze N. 9; Thomsen a. a. O. S. 458; Wachenfeld § 148 I, 1; Zadek, GS. 40 S. 569.

30) Wie hier im Ergebnis besonders: RGE. 42 S. 383; Binding Lehrb. Bd. 2 S. 731; Jordan a. a. O. S. 23; v. Liszt-Schmidt S. 820; Olshausen-Freiesleben N. 12 zu § 331; Rosenberg im Leipz. Komm. N. 18; Wachenfeld § 148 I, 1; a. M. v. Kries a. a. O. S. 546, 556; Frank V zu § 331; Schwartz N. 1.

wird praktisch selten sein und meist in die Beamtennötigung übergehen.

Aus den gleichen Gründen kann das Gewähren, Anbieten oder Versprechen von Vorteilen nicht unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe beurteilt werden.

Anders als bei der Beamtenbestechung liegt der Sachverhalt bei der Bestechung nach § 8 des Gesetzes vom 2. 6. 1902 betr. Stellenvermittlung für Schiffsleute. Dieser bedroht den Stellenvermittler, der sich von den in § 3 Abs. 1 desselben Gesetzes bezeichneten Gewerbetreibenden für die Ausübung seiner Vermittlertätigkeit Vergütungen irgendwelcher Art gewähren oder versprechen läßt. Nicht dagegen bedroht er denjenigen, der einen solchen Vorteil verspricht oder gewährt. Es fragt sich, ob dieser als Teilnehmer an der Handlung des Gewerbetreibenden bestraft werden kann. Dies ist zu bejahen, da das Gesetz keinen Anhaltspunkt dafür bietet, daß ihm ein Strafausschließungsgrund gewährt werden solle. Er wird als Anstifter Urheber, als Gehilfe Förderer fremder Tätigkeit, die der Bestrafung unterliegt[31]).

2. Die Stimmendelikte.

Sehr zahlreich sind die Fälle n. T., in denen der Kauf und Verkauf von Stimmen mit Strafe bedroht ist. Solche Bestimmungen bestehen insbesondere zum Schutz des öffentlichen Stimmrechts bei Parlamentswahlen und des privaten bei Wahlen von Gesellschaften. Es sollen jedoch nur diejenigen Vorschriften hier zur Behandlung gestellt werden, bei denen die Frage einer Ausnahme von der Teilnahmelehre auftreten kann. Diese Delikte stehen der Bestechung sehr nahe, da auch hier Vorteile für Handlungen versprochen werden, die nicht käuflich sein sollen. Sie sind deshalb im Anschluß an die Bestechung zu untersuchen. Dies soll jedoch nur bezüglich der Fälle geschehen, in denen eine der notwendig mitwirkenden Personen als Täter nicht mit Strafe bedroht wird. Wo beide notwendig Beteiligten für strafbar erklärt sind, bestehen keine Besonderheiten. Soweit diese als Täter strafbar sind, können nicht wegen der gleichen Handlung die technischen Teilnahmevorschriften des § 47 StGB. zur Anwendung kommen. Es sind aber die Vorschriften des StGB. über das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen (§§ 73 ff.) zu beachten. So wird in solchem Falle derjenige, der den Stimmverkäufer anstiftet, ihm die Stimme zu verkaufen, und der dann von

---

[31]) Vgl. hierzu die Ausführungen über die §§ 241 u. 243 KO.

diesem die Stimme auch kauft, nur als Täter zu strafen sein. Denn die Vorschriften über Anstiftung (ebenso die über Beihilfe) stehen zu denen der Täterschaft im Verhältnis der Subsidiarität. Sie gelten nur hilfsweise[32]). Solche Stimmendelikte mit doppelseitiger Strafdrohung finden sich in § 23 Abs. 1 u. 2 des Gesetzes betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. 12. 1899[33]), § 109 StGB. und § 317 HGB.[34]). Fälle der anderen Art, in denen nur einer der notwendig Mitwirkenden als Täter strafbar ist, sind in § 243 KO. und § 151 GenG. gegeben. Nur bei ihnen kann das Problem auftreten, ob der nicht mit Strafe bedrohte Täter als Teilnehmer strafbar werden kann. In beiden Fällen ist die passive Tätigkeit, das Sichgewähren- oder Sichversprechenlassen eines Vorteils für strafbar erklärt, das Gewähren oder Versprechen jedoch nicht. Auch hier ergibt sich die Frage, ob der nicht als Täter bedrohte notwendig Mitwirkende als Teilnehmer strafbar ist.

Soweit zur Begründung der Straflosigkeit des Stimmverkäufers der Frank-Freudenthalsche Schluß herangezogen wird, wird auf die Einwände hiergegen (S. 13 ff.) verwiesen.

v. Kries[35]) und seine Anhänger rechnen die Stimmdelikte der §§ 243 KO. und 151 GenG. zu denjenigen Verbrechen, bei denen die Fassung oder die Systematik der einzelnen Vorschriften die Straflosigkeit ergebe. Der Fall liege hier analog wie bei der aktiven Beamtenbestechung. Der Gesetzgeber halte bei derartigen Bestechungsdelikten immer die aktive und passive Seite auseinander und bestrafe die erste da, wo er es für erforderlich halte, besonders.

Freudenthal hat in seiner „Wahlbestechung"[36]) im Anschluß an v. Kries die Straflosigkeit des Schuldners als Teilnehmers auf ähnliche Weise zu rechtfertigen versucht. Er gelangt bei der Prüfung der Frage, ob im Falle des § 109 StGB. Deliktseinheit oder -mehrheit vorliege, zu dem Ergebnis, daß zwei selbständige Delikte ge-

---

[32]) Vgl. statt aller Frank VII 2 b γ zu § 73.

[33]) Im Ergebnis wie hier: Lindenberg in Stengleins Nebengesetzen (4. Aufl.) Bd. 1 N. 2 u. 4; Feisenberger daselbst (5. Aufl.) Bd. 2 N. 8 u. Anm. 6, richtig Straflosigkeit annehmend.

[34]) Vgl. Lindenberg a. a. O. N. 1 zu § 317. Bezüglich der früheren Bestimmung des Art. 249 e HGB., die nur den Stimmverkäufer bedrohte, nahmen Katz, Die strafr. Bestimmungen des HGB. (1. Aufl.) Anm. 4i, f) zu Art. 249 e und Jordan a. a. O. S. 26 zu Recht an, daß der Käufer der Stimme sehr wohl unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme strafbar sein könne. Dagegen Frassati, ZStW. 15 S. 461. Literatur zu dieser Frage bei Jordan a. a. O. S. 34 u. 36.

[35]) ZStW. 7 S. 546 ff.

[36]) S. 42.

geben seien. Er meint nun, wenn nur eine Seite der notwendigen Tätigkeiten für strafbar erklärt sei, in einem ähnlichen Falle aber (nämlich in § 109 StGB.) beide, so sei damit gesagt, die nicht bedrohte Tätigkeit solle überhaupt straflos sein.

Dieser Hinweis kann zur Begründung nicht genügen. Es ist richtig, daß der Gesetzgeber die korrespondierenden Tätigkeiten bei anderen Stimm- und Bestechungsdelikten als Täterschaft behandelt. Bezüglich der Stimmbestechung nach § 243 KO. ist aber ein Schluß aus systematischen Erwägungen wie bei § 331 StGB. nicht möglich, da hier ein Vergleichsfall fehlt. Bei jedem einzelnen Delikt der in Rede stehenden Art ist vielmehr zweifelhaft, ob die als Täter nicht strafbare Person wegen Teilnahme haftbar werden kann. Zur Aufklärung dieses Zweifels kann nicht auf irgendwelche nur äußerlich ähnlich liegende Deliktsfälle verwiesen werden. Denn selbst wenn bei irgendeinem solchen Delikt die entsprechende Handlung als Täterschaft aufgefaßt wird, so ist dies noch kein Beweis dafür, daß in einem anderen sachlich ganz anders gearteten Falle dieselbe Tätigkeit auch als Täterschaft hinzugedacht werden müßte. Wäre dies aber auch tatsächlich der Fall, so wäre damit noch nichts gegen die Anwendbarkeit der Teilnahmevorschriften ausgesagt. Es bestehen bei § 243 KO. auch gewichtige Bedenken gegen die Straflosigkeit des Teilnehmers vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit der Rechtssatzung aus[37]).

Wach[38]) und Zweigert[39]) suchen die Straflosigkeit des Schuldners als Teilnehmers damit zu begründen, daß sie das Delikt des Stimmenkaufs in § 243 KO. als Sonderdelikt des Konkursgläubigers ansehen. Es ist richtig, daß diese Vorschrift ein solches Sonderdelikt darstellt, weil es außer von dem Konkursgläubiger von keiner anderen Person begangen werden kann. Unzutreffend ist aber der daraus gezogene Schluß, daß der Schuldner an der Handlung des Gläubigers nicht teilnehmen könne. Eine Teilnahme dritter Personen am Sonderdelikt ist, abgesehen von den Militärverbrechen, sehr wohl möglich[40]). Denn nach geltendem Recht (§§ 47, 49 StGB.) hängt die Strafbarkeit eines Teilnehmers niemals davon ab, daß er auch Täter sein kann.

Zunächst möge die vorliegende Frage für den Fall des § 243 KO. behandelt werden. Hat der Käufer der Stimme den Verkäufer

---

[37]) Vgl. hierüber das Folgende, bes. S. 26 f.

[38]) V.D.B.T. 8 S. 60.

[39]) In Olshausens Komm. 10. Aufl. N. 10 zu § 243 KO.

[40]) Siehe zu dieser Frage insbesondere Frank IV, 1 Vorbem. zum 3. Abschn. und die Literatur daselbst.

vorsätzlich angestiftet, den ihm dargebotenen Vorteil anzunehmen, oder fördert er die Annahme, so liegen die Verbrechenselemente der Anstiftung oder Beihilfe vor.

Die Handlung erfüllt den Tatbestandsannex der Teilnahme. Der Stimmkäufer ist der Urheber [41]) der strafbaren Tätigkeit eines anderen geworden und führt diesen dadurch in Strafe. Er hat in ihm die motivierende Kraft, den Entschluß zur Begehung der Tat hervorgerufen, und durch dieses sein Verhalten ist die Tat auch verursacht worden. So hat er gewissermaßen den Stein, der vorher ungefährlich ruhte, ins Rollen gebracht. Es besteht also eine durchlaufende kausale Kette von der Weckung des Entschlusses bis zur Ausführung der Tat. Ohne die Anstiftung hätte der Stimmverkäufer vielleicht niemals daran gedacht, tätig zu werden und das Stimmverhältnis zu fälschen. Handelt er aber auf die Anstiftung hin, so verfällt er der Strafe. Die Ursächlichkeit der Tätigkeit des Teilnehmers für den Eintritt des Erfolges kann also nicht geleugnet werden.

Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründe stehen ebenfalls zur Begründung der Straflosigkeit des Teilnehmers nicht zur

---

[41]) Es ist unmöglich, im Rahmen dieser Arbeit eine Begründung der Anstiftung als Urheberschaft zu geben. Vgl. dazu insbesondere Binding, GS. 71 S. 1 ff. Zu beachten ist folgendes. Die Anstiftung steht zu dem vom Täter herbeigeführten Erfolg in Kausalität insofern, als eine Vermittlung der Verursachung durch psychisches Verhalten vorliegt (vgl. dazu den Text und die Ausführungen bei Frank I zu § 48 sowie v. Liszt-Schmidt S. 160). Der Erfolg muß sich also kausal, nach geltendem Recht wegen der Akzessorietät der Teilnahme auch als schuldhafter auf die Motivierung durch den Anstifter zurückführen lassen. Diesen Standpunkt vertritt auch § 48 StGB., wonach der Anstifter den Täter „bestimmt" haben muß. Ferner läßt sich nur so die Straflosigkeit der Anstiftung des alias seu omnimodo facturus begründen. Der Veranlasser ist hier nicht Urheber, d. h. seine Motivation ist nicht Anlaß zur Tat geworden (vgl. auch RGE. 13 S. 121). Immer also ist der Umstand, daß der Erfolg sich ursächlich auf die Bestimmung des Täters durch den Anstifter zurückführen lasse, condicio sine qua non für die Strafbarkeit. Nach geltendem Recht muß allerdings der Täter auch den Erfolg schuldhaft verursacht haben, damit der Anstifter haftet. Aber dieser akzessorische Charakter der Anstiftung hat mit dem rein auf die Kausalitätslehre aufzubauenden Urheberbegriff nichts zu tun. Nur die Strafbarkeit des Anstifters ist von der Schuld des Täters abhängig. Die Verursachung kann auch nicht im Falle eines schuldlosen Verhaltens des Täters rückgängig gemacht werden. Das Gesetz hält nur die Tätigkeit des Anstifters nicht für strafwürdig, wenn sie ohne Erfolg auf den Täter gewesen ist. Hieraus läßt sich ein Einwand gegen die Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft nicht herleiten, da auch ein Urheberbegriff derart denkbar ist, daß die Bestrafung des Urhebers von der Schuld des Täters abhängt. Also vertritt schon das geltende Recht die Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft.

Verfügung. Daß sein Verhalten rechtmäßig sei, wird denn auch nirgends behauptet. Aber auch die Vorwerfbarkeit entfällt nicht. Der Teilnehmer hat seinen Willen nicht pflichtmäßig motiviert.

Es besteht allerdings nicht, wie Beling[42]) früher annahm, eine besondere Norm, die dem Teilnehmer verbietet, einen anderen in Strafe zu führen. Jedoch ist die Funktion der Vorschriften über Teilnahme wie die jedes Rechtssatzes nicht nur die, Bewertungsnorm, sondern auch Bestimmungsnorm zu sein[43]). Gerade die letztere Funktion tritt hier dadurch in die Erscheinung, daß auf den Willen des Teilnehmers eingewirkt werden soll, um den kriminellen Erfolg zu verhüten. Wird dieser Zweck nicht erreicht, so ist die Folge, daß der Täter strafbar wird, wenn er auf die Anstiftung hin handelt. Die sich hieraus an und für sich ergebende Strafbarkeit des Anstifters kann alsdann aber nur durch Strafausschließungsgründe i. w. S. beseitigt werden.

Es liegt auf der Hand, daß dem Teilnehmer ein Schuldausschließungsgrund hier nicht gewährt ist. Auch mit der Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens, die neuerdings als allgemeiner Schuldausschließungsgrund verfochten wird[44]), ist die Tat nicht zu entschuldigen. Dem Teilnehmer ist vielmehr durchaus zuzumuten, daß er rechtmäßig handle. Richtig ist zwar, daß der Anstifter ein gewisses Interesse daran hat, bei der Durchführung des Konkurses möglichst wenig Schaden zu erleiden und durch die Stimmabgabe des Gläubigers in der Gläubigerversammlung günstig abzuschneiden. Man kann aber nicht sagen, daß dieses Interesse ihn in eine psychische Zwangslage brächte, durch die seine Schuld ausgeschlossen würde. Hier handelt es sich allerdings nicht darum, ob im konkreten Falle eine solche Lage gegeben wäre, sondern darum, ob sie generell vorliegt und deshalb zur Begründung des Schuldausschlusses geeignet ist. Dies ist aber aus dem bezeichneten Grunde zu verneinen.

Da keines der wesentlichen Verbrechensmerkmale ausgeschlossen ist, hätte Strafe einzutreten. Nur dann könnte dem Anstifter Straffreiheit zugebilligt sein, wenn ein Konflikt vorläge, in dem der Staat dem Interesse des Teilnehmers einen Rang einräumen würde, der sein eigenes Interesse an der Bestrafung überwiegt[45]). Die Straflosigkeit kann in diesem Falle nur auf dem Wege über die Annahme einer Strafbarkeitsbedingung oder eines persönlichen Straf-

---

42) ZStW. 18 S. 271, anders L. v. V. S. 439.

43) Vgl. namentlich Mezger, GS. 89 S. 207 ff.; neuerdings auch v. Liszt-Schmidt S. 209 u. S. 172 N. 2.

44) Vgl. den Text S. 39 f.

45) Vgl. auch den Text S. 18 f.

ausschließungsgrundes gerechtfertigt werden. Die erste Möglichkeit scheidet hier ohne weiteres aus, da eine besondere Bedingung, von deren Eintritt die Strafbarkeit abhinge, nicht gegeben ist.

Sind nun irgendwelche Anhaltspunkte vorhanden, die die Annahme eines persönlichen Strafausschließungsgrundes gerechtfertigt erscheinen lassen? Die Frage ist zu verneinen. Eine Schlußfolgerung aus der Systematik der gesetzlichen Bestimmungen ist nicht möglich, wie bereits ausgeführt wurde. Auch der Hinweis auf den Zweck der Vorschrift kann zur Begründung nicht ausreichen. Denn diese dient nicht dem Schutz eines am Delikt Beteiligten. In solchem Falle ließe sich allerdings ein persönlicher Strafausschließungsgrund begründen. Vielmehr ist das Schutzobjekt der Vorschrift die Feststellung des wahren Mehrheitswillens in der Gläubigerversammlung[46]). Sie dient also der Gläubigergesamtheit. Gegen sie verstößt nicht nur der Verkäufer, sondern auch der Käufer, wenn er den Gläubiger zum Verkauf der Stimme anstiftet.

Das Interesse des Schuldners, durch Beeinflussung der Abstimmung günstig abzuschneiden, kann deswegen keinen Schutz genießen weil durch das Verhalten des Schuldners die Konkurseröffnung hervorgerufen ist und die Gläubiger infolgedessen bereits insofern geschädigt sind, als ihnen der Schuldner nur für einen Teil ihrer Forderungen sicher ist. Dieser aber vergrößert den entstandenen Schaden noch, indem er auf die Abstimmung einzuwirken und sich hierdurch Vorteile zu verschaffen sucht. Ein solches Verhalten, mag es auch dem eigenen Nutzen dienen, ist schädlich für die Gläubigergesamtheit und deshalb strafwürdig. Dem Gemeinschuldner steht ein höherwertiges Interesse, das die Beseitigung der Straffolge bewirken könnte, nicht zur Seite. Dies führt keineswegs dazu, den Schuldner durch Strafdrohungen zur Erfüllung seiner zivilrechtlichen Pflichten anzuhalten, sondern dient nur zur ordnungsmäßigen Durchführung des Konkursverfahrens, zur Sicherung der Feststellung des richtigen Stimmverhältnisses. Der Schuldner wird also nur zur Unterlassung von Beeinflussungen der Stimmabgabe gezwungen. Während nun der Staat kein Interesse hat, durch Strafdrohungen den Schuldner zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten, so besteht jedoch für ihn wegen der generellen Sicherung einer ordnungsmäßigen Durchführung des in seiner Hand liegenden und von ihm überwachten Konkursverfahrens ein bedeutsames Interesse an der Bestrafung aller derjenigen, die diese Sicherung gefährden, es sei denn, daß sie

---

[46]) So auch insbesondere Jacobs a. a. O. S. 76 bzgl. § 109 StGB.; Jordan a. a. O. S. 17; v. Liszt-Schmidt S. 663.

noch höherwertige Belange vertreten. Dies ist bezüglich des Gemeinschuldners keineswegs der Fall. Sein persönliches Interesse tritt hinter den Belangen der Allgemeinheit zurück.

De lege ferenda ist es darum auch bedenklich, daß der Schuldner als Täter straflos bleibt. Jordan[47]) betont, daß der Stimmkäufer der gefährlichere Teil sei. Dies trifft durchaus zu. Denn sein Interesse wendet sich gerade gegen das Rechtsgut, das geschützt werden soll, nämlich die Lauterkeit der Stimmabgabe. So hat denn aus dieser Einsicht heraus der Gesetzgeber bereits die entsprechende Vorschrift des Aktienrechts (§ 317 HGB.) geändert, indem er eine doppelseitige Strafdrohung schuf[48]). Dasselbe muß für die Stimmbestechung des Konkursrechts gefordert werden.

Was vom Gemeinschuldner gilt, trifft noch mehr auf die „anderen Personen" des § 243 KO. zu. Während jener wenigstens persönlich am Konkursverfahren beteiligt ist, wird dies in der Regel bei diesen nicht der Fall sein. Ihr Interesse tritt daher gegenüber demjenigen des Staates am Gläubigerschutz noch mehr zurück. Die Bestrafung dieser Personen, wenn sie als Teilnehmer tätig werden. ist deshalb genau so begründet wie diejenige des Gemeinschuldners.

Dieses Ergebnis widerspricht weder den Zwecken des § 243 KO., noch auch tritt es mit den Anforderungen der Gerechtigkeit in Mißklang. Auch der Schuldner, der den Gläubiger zur Stimmbestechung anstiftet, verletzt das Rechtsgut der Feststellbarkeit des wahren Mehrheitswillens, indem er den Gläubiger zu dessen Fälschung veranlaßt. Er verfolgt damit, wie wir sahen, kein schutzwürdiges Interesse. Ein Widerspruch zu der Regelung der Bestechung nach § 331 StGB. ist hierin nicht zu sehen. Denn bei jener erfolgt die Anstiftung zu einer Handlung, die als solche nicht den Pflichten des Täters widerspricht. Anders ist dies jedoch bezüglich der Stimmbestechung im Konkurs. Hier ist die Handlung des Gläubigers keineswegs pflichtmäßig. Vielmehr verstößt sie gegen die Anforderung, die an den Gläubiger zum Schutz der Feststellbarkeit des richtigen Stimmverhältnisses gerichtet ist. Urheber dieser Pflichtwidrigkeit ist der Schuldner geworden, der hierbei gar nicht ein so starkes berechtigtes Interesse verfolgt, daß dem gegenüber der Schutz der Gläubigergesamtheit ganz zurücktreten würde.

Wie steht es aber nun mit der Strafbarkeit des Schuldners, wenn er bloß Hilfe zu der Tat des Gläubigers leistet? In diesem

---

[47]) a. a. O. S. 34 ff.

[48]) Vgl. dazu Katz a. a. O. zu § 317; Rabben, Das kriminelle Strafr. im Aktienges. S. 70 ff.

Falle steht dem Schuldner aus den gleichen Gründen wie bei der Anstiftung nicht ein Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgrund zur Seite. Ebensowenig kann ihm aber nach der Bestimmung des Gesetzes eine persönliche Strafbefreiung gewährt sein. Dies ist auch durchaus gerechtfertigt. Der Schuldner, der dem Gläubiger Vorteile gewährt oder verspricht, nimmt nicht an der Handlung des Gläubigers teil. Daraus hat ihm — de lege ferenda unberechtigterweise — das Gesetz einen Vorwurf nicht gemacht. Anders aber liegt der Sachverhalt, wenn der Schuldner sich damit nicht begnügt, sondern den Gläubiger bei der Ausführung seiner strafbaren Handlung noch unterstützt, ihn in seinem verbrecherischen Verhalten fördert, seine unrechtmäßige Stellung noch verstärkt. Die Beihilfe tritt hier auf mit einer über die n. T. hinausschießenden Tendenz. Die Verstärkung der strafbaren Stellung des Gläubigers kann nur dann nicht als strafwürdig erscheinen, wenn das Interesse des Schuldners an der Vornahme dieser Handlung dasjenige des Staates an dem Stimmenschutz des Gläubigers überwiegen würde. Dies ist hier nicht der Fall. Deshalb muß der Schuldner auch als Gehilfe strafbar sein. Allerdings wird er selten in dieser Weise tätig werden, so daß ein Streit darüber, ob er als Gehilfe strafbar werden könne, nicht von großer Bedeutung ist. Immerhin sollte die gesetzliche Handhabe, die hiermit gegen den Schuldner gegeben ist, ausgenutzt werden, wenn die Voraussetzungen der Beihilfe vorliegen. Es wurde ja bereits hervorgehoben, daß die Tätigkeit des Schuldners überhaupt strafwürdig ist.

Läßt sich sonach durch Annahme eines Strafausschließungsgrundes die Straffreiheit des teilnehmenden Stimmenkäufers nicht rechtfertigen, so entfällt jede Möglichkeit ihrer Begründung. Der Käufer der Stimme muß also als Anstifter oder Gehilfe bestraft werden, wenn er den Verkäufer zu seiner Tat veranlaßt oder ihm hierbei behilflich ist[49]).

---

[49]) So im Ergebnis auch: Jordan a. a. O. S. 25; Merkel in Holtzend. Hdb. Bd. 4 S. 454; Lindenberg in Stengleins Nebengesetzen (4. Aufl.) Bd. 4 N. 2; Meyer-Bleyler, Konkursordn. N. 7; Kleinfeller in Stengleins Nebengesetzen (1. Aufl.) Bd. 1 N. 2 zu § 213 KO.; Oppenhoff-Delius N. 8 zu § 243 KO.; Petersen-Kleinfeller, Komm. zur KO. N. 4; Schmidt, Der strafbare Bankbruch S. 23; v. Sarwey-Bossert N. 2; Mentzel N. 1; v. Wilmowsky-Kurlbaum N. 5; Th. Wolff N. 3; Wachenfeld § 107 V; besonders aber das RG. in E. 12 S. 122, 29 S. 305; Rspr. 7 S. 193. A. M.: Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 445; Frank III; Gerland S. 500; v. Liszt-Schmidt S. 663; Jaeger, Komm. zur KO. N. 10; Meyer-Allfeld S. 469; Katz a. a. O. S. 109; Köhler, Lehrb. S. 507; v. Kries a. a. O. S. 546; Ols-

Dieselbe Sachlage wie bei der Stimmbestechung des Konkursrechts findet sich bei der entsprechenden Vorschrift des Genossenschaftsrechts (§ 151 GenG.). Die Tätigkeit des aktiven Bestechers kann als Teilnahme aus den gleichen Gründen wie bei § 243 KO. strafbar sein, obwohl sie als Täterschaft nicht vertypt ist. Ein persönlicher Strafausschließungsgrund besteht nicht[50]).

Unter dem gleichen Gesichtspunkt wie die Strafbarkeit des Schuldners bei der Stimmbestechung nach § 243 KO. stehen nach § 244 KO. auch die daselbst bezeichneten Personen von Gesellschaften und Genossenschaften. Das gleiche gilt für die Geschäftsführer einer G. m. b. H. nach § 82 GmbHG.

3. Die Gläubigerbegünstigung im Konkurse.

Diejenige Bestimmung, bei der wegen ihrer praktischen Bedeutsamkeit die Frage, ob der als Täter straffreie notwendig Beteiligte auch als Teilnehmer nicht bestraft werden könne, am häufigsten untersucht worden ist, ist die Gläubigerbegünstigung des Konkursrechts. Nach § 241 KO. ist der Schuldner, der nach Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung absichtlich vor anderen durch Gewährung einer diesem nicht zustehenden Sicherung oder Befriedigung begünstigt, strafbar. Der Gläubiger, der diese Sicherung annimmt, kann aber nicht als Täter bestraft werden, da sein Handeln nicht einem Tatbestand unterfällt. Das ist jetzt allgemein, besonders auch durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt. Diese war anfangs widerspruchsvoll. So nahm das Reichsgericht in einer seiner ersten Entscheidungen auf diesem Gebiete (zweiter Senat in RGE. 2 S. 439 ff.) an, der Gläubiger mache sich nicht deswegen strafbar, weil er die ihm vom Schuldner dargebotene Befriedigung annehme. Diese Stellung haben dann alle Senate des Reichsgerichts, anfänglich mit Ausnahme des ersten, beibehalten. Er stellt sich (in RGE. 4 S. 1 und Rspr. 2 S. 762) auf den Standpunkt, daß die Annahme auch unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme strafbar machen könne. In späteren Entscheidungen hat das Reichsgericht diese Ansicht nicht mehr vertreten. Sie ist auch unhaltbar. Die bloße Annahme der Begünstigung stellt der Sache nach nicht die Bestimmung eines anderen dar, sondern ist eine rein passive Tätigkeit, kann also

---

hausen-v. Lorenz N. 10; Schwartz N. 8; v. Völderndorff, Komm. zur KO. S. 656 II.

[50]) Im Ergebnis wie hier Lindenberg in Stengleins Nebengesetzen (4. Aufl.) N. 1 und die dort Zitierten; Parisius-Krüger-Cregelius, Komm. z. GenG. zu § 151.

als Anstiftung niemals auftreten. Ebensowenig erscheint sie als eine Förderung fremder Strafbarkeit, da sie nicht eine Hilfeleistung zur Begehung des Verbrechens eines anderen ist. Denn die Tätigkeit des Schuldners, die Hingabe der Sicherung, ist bereits beendet mit der Annahme durch den Gläubiger. Als Beihilfe kann sie sonach auch nicht beurteilt werden. Sie ergänzt nur die Täterschaft des Schuldners.

Fraglich ist aber, ob ein über das notwendige Maß der Mitwirkung hinausgehendes Verhalten als Teilnahme bestraft werden kann.

Die h. L. hat diese Frage verneint[51]), und zwar aus verschiedenen Gründen.

Für die Straflosigkeit des teilnehmenden Gläubigers werden von einer Anzahl Schriftsteller überwiegend formal-logische Gründe ins Feld geführt. So führt Dalcke[52]) aus, die in der Handlung des Gläubigers liegende Anstiftung könne deshalb nicht mehr als ein selbständiger „Tatbestand" angesehen werden, weil die anstiftende Tätigkeit nur noch einen Umstand in der Verübung des Delikts selbst darstelle und nicht mehr eine in der Außenzone liegende, sich als Teilnahme an der Handlung des Schuldners charakterisierende Tätigkeit. Diese Beweisführung ist offensichtlich unrichtig. Die Anstiftung kann niemals als Teil der tatbestandsmäßigen Ausführungshandlung erscheinen. Das Gesetz trennt streng die Ausführung der Verbrechenshandlung selbst und das möglicherweise hinzutretende Handeln eines Dritten, das außerhalb der Täterschaftszone vor sich geht. Die Anstiftung ist nicht tatbestandsmäßige Ausführung, sondern Urheberschaft einer Verbrechenstätigkeit und bloße Erfüllung eines Tatbestandsannexes[53]). Liegt eine solche Veranlassung vor, so kann sie auch niemals in der Haupttätigkeit des Anstifters, die eine n. T. darstellt, untergehen, von dieser konsumiert werden, wenn die

---

[51]) Binding, Lehrbuch Bd. 1 S. 492; Brandes a. a. O. S. 26 ff.; Löffler in Bartsch-Pollak, Komm. zur österr. KO. S. 517 Anm. 20; Dalcke, GoltdArch. 37 S. 342; Frank VII zu § 241 KO.; Gerland S. 497; E. Jaeger N. 23 zu § 241; Köhler, Lehrb. S. 508; Kohler, Leitfaden des Konkursrechts S. 124; v. Kries a. a. O. S. 546; v. Liszt-Schmidt S. 663; Lindenberg in Stengl. Nebenges. (4. Aufl.) Bd. 1 N. 12 zu § 241; Merkel, Lehrb. S. 333; Meyer-Allfeld S. 468; Neumeyer, Histor. u. dogm. Darstellung des strafb. Bankbr. S. 189; Reichart, GS. 48 S. 325 f.; Olshausen-v. Lorenz N. 11 zu § 241 KO.; Schwartz N. 7; Vogels a. a. O. S. 34; v. Völderndorff, Komm. z. KO. Bd. 2 IV zu § 211; Zadek, GS. 40 S. 561.

[52]) a. a. O. S. 349.

[53]) Vgl. hierzu S. 24.

Haupttätigkeit gar nicht strafbar ist. Denn eine Konsumtion kann nur dann in Betracht kommen, wenn die konsumierende Tätigkeit bereits als Delikt die konsumierte enthält[54]). Die Begründung Dalckes ist aber auch insofern unrichtig, als in diesem Falle gar nicht Konsumtion, sondern Subsidiarität vorliegen würde.

Zadek[55]) meint, wenn der Gesetzgeber auch den notwendig mitwirkenden Teil, den Gläubiger, hätte für strafbar erklären wollen, dann hätte er dies zum Ausdruck gebracht. Bei der n. T. liege ein besonderer Anlaß vor, daß er sich auch über die Anwendbarkeit der Teilnahmeregeln geäußert hätte. Weil dies nicht der Fall sei, so könne e contrario geschlossen werden, der notwendig Beteiligte solle als Teilnehmer straflos sein. Wo eine Täterschaft erlaubt sei, da könne auch die Initiative, die von derselben Person ausgehe, nicht strafbar sein[56]). Die letzte Behauptung läuft offenbar auf dieselbe Beweisführung hinaus, die Frank und Freudenthal mittels ihres Schlusses a majori einschlagen. Gegen sie sind die gleichen Einwendungen zu erheben wie gegen jene Schriftsteller[57]). Aus dem Schweigen des Gesetzgebers über die Anwendung der Teilnahmevorschriften auf dem Gebiete der n. T. läßt sich in keiner Weise schließen, daß diese hier nicht anwendbar sein sollen. Vielmehr ist das Gegenteil zu behaupten. Die Teilnahmeregeln gelten für das ganze Recht des StGB. und der strafrechtlichen Nebengesetze. Wenn ihre Anwendung irgendwo ausgeschlossen werden sollte, so mußte dies vom Gesetzgeber durch eine besondere Vorschrift angegeben werden. Sollte die Bestrafung der Tat wegfallen, so hätte dies durch Aufstellung eines persönlichen Strafausschließungsgrundes irgendwie zum Ausdruck gebracht werden müssen. Es ist gerade das von Zadek übersehene Problem, ob dies hier tatsächlich der Fall ist.

Neben diesen formal-logischen Begründungen finden sich sehr zahlreich vertreten andere, bei denen teleologische Gesichtspunkte im Vordergrund stehen. So hat man sich zunächst auf die Geschichte der Bestimmung berufen und aus ihr nachweisen wollen, daß eine Bestrafung des Teilnehmers dem Zweck des Gesetzes widerspreche. So wird vielfach[58]) ausgeführt, nach den Vorschriften des preuß. StGB. §§ 309, 341 sei der Gläubiger, der mit dem Schuldner einen Vertrag über die Gewährung einer Begünstigung schließe, strafbar

---

[54]) Frank VII, 2c zu § 73.
[55]) VS. 40 S. 564 f.
[56]) a. a. O. S. 577.
[57]) Vgl. S. 13 ff.
[58]) So von Dalcke a. a. O.; Neumeyer a. a. O.; Olshausen-v. Lorenz a. a. O. S. 326; Vogels a. a. O. S. 28; Zadek a. a. O. S. 575.

gewesen. Bei Änderung des Gesetzes habe man diese Bestimmung für zu streng gehalten und deswegen den Gläubiger nicht mehr für strafbar erklärt[59]). Gegen die völlige Straflosigkeit seien jedoch Bedenken erhoben und zur Klärung der Frage schließlich der Juristentag um seine Meinung gefragt worden. Dieser habe sich der Ansicht der Referenten mit überwiegender Mehrheit angeschlossen, die dahin ging, der Gläubiger solle schon deswegen strafbar sein, wenn er eine Befriedigung annehme[60]). Auf die Meinung der Juristen sei jedoch keine Rücksicht genommen, sondern trotzdem nur der Schuldner für strafbar erklärt worden[61]).

Man beruft sich auch auf die Motive[62]), die als Begründung der Straflosigkeit des Gläubigers anführen, daß dieser nur sein Recht verfolge, wenn er seine Forderung sichern wolle. Gegen die Heranziehung der Motive als Erkenntnisquelle lassen sich zunächst insofern Bedenken erheben, als diese gar nicht einen amtlichen Bericht über die Entstehung des Gesetzes enthalten, sondern eine private Arbeit darstellen, die nicht nur einen objektiven Sachverhalt, sondern auch Ansichten des Verfassers wiedergeben. Sie haben deshalb nur einen geringen Erkenntniswert. Bedenklich muß aber auch stimmen, daß das Reichsgericht für seine der h. M. entgegengesetzte Ansicht die Motive ebenso zur Begründung heranzieht[63]) wie es die h. M. tut. Das Reichsgericht ist nicht im Unrecht. Die Motive sprechen allerdings davon, daß der Gläubiger, der sein Recht verfolge, nicht strafbar sein könne. Wann aber der Gläubiger dies tue, darüber schweigen sie sich völlig aus. Insbesondere enthalten sie nichts darüber, ob durch die Vorschrift bezweckt werden sollte, daß auch die über die Annahme der Begünstigung hinausgehende Tätigkeit straffrei sei.

Es ist ferner richtig, daß § 309 preuß. StGB. alle Fälle eines Vertragsschlusses des Gläubigers umfaßt und daß ein Hinweis auf diese Vorschrift bedeuten kann, auch nach geltendem Recht solle jede Tätigkeit des Gläubigers, die einen Vertragsschluß oder eine ähnliche Handlung darstelle, straflos sein. Dies wird auch vom Reichsgericht nicht übersehen[64]). Aber hiermit entsteht erst das Problem. Denn

---

59) Vgl. GoltdArch. 14 S. 540, 15 S. 464.

60) Verhandl. des 13. Deutschen Juristentags Bd. 1 S. 36 f., 59 f.; Bd. 2 S. 229.

61) Hahn, Materialien zur Konkursordn. 6 S. 617, 690.

62) S. 461.

63) Vgl. RGE. 2 S. 439 ff.; 4 S. 1 ff.

64) A. M. über das RG.: v. Kries a. a. O. S. 551; Neumeyer a. a. O. S. 190; Olshausen-v. Lorenz N. 11; Vogels a. a. O. S. 33.

es ist ein Unterschied, ob sich der Gläubiger durch einen Vertrag oder ein ähnliches Geschäft den Vorteil bloß verschafft oder ob er den Schuldner veranlaßt, ihm rechtswidrig etwas zu gewähren, und ihn dadurch in Strafe führt. Die Entstehungsgeschichte läßt nicht erkennen, daß nach Absicht des Gesetzgebers auch dieser Fall straflos sein sollte. Auf Grund der Entstehungsgeschichte läßt sich also die Straflosigkeit des Gläubigers, der sich an dem Delikt des begünstigenden Schuldners beteiligt, nicht begründen.

Neben dieser Herleitung der Straffreiheit aus dem Gesetzeszweck, der aus der Geschichte ausfindig gemacht wird, spielen auch sonst Zweckmäßigkeitserwägungen, Gründe der Praktikabilität und Billigkeit eine große Rolle. So wird häufig ausgeführt, eine Unterscheidung zwischen passivem (Annahme) und aktivem Verhalten (Anstiftung) sei insofern nicht angebracht, als ja „naturgemäß" der Schuldner dem Gläubiger die Leistung nicht entgegenbringe. Es hieße den Zweck des Gesetzes umkehren, wenn man den Gläubiger als Anstifter strafen wollte[65].

Diese Begründung ist nicht überzeugend. Die Berufung auf die Natur der Sache ist ohne jede Beweiskraft, wenn nicht zugleich gesagt wird, worin diese liegt. Sie ist vielmehr nur geeignet, das zur Behandlung stehende Problem zu verdecken. Die Beweisführung jener Art, die den Zweck des Gesetzes als Erkenntnismittel verwertet, kann unfruchtbar sein, wenn gerade darüber Streit herrscht, welchem Zweck das Gesetz dient. Dies trifft auch für die Behandlung des Problems bezüglich des § 241 KO. zu. Man stellt das als den Zweck des Gesetzes hin, was man gerade beweisen will, und begeht so den Fehler einer petitio principii.

Es wird nun allerdings auch behauptet, der Schuldner dürfe den Gläubiger zur Gewährung einer Sicherheit oder Befriedigung drängen[66]) und der Gläubiger müsse sich auch jedes Mittels zur Erlangung einer Befriedigung bedienen dürfen, die er sich als Täter straflos verschaffen könne[67]). Aber das geltende Strafrecht steht keineswegs auf dem Standpunkt, daß jemand sich **jedes** Mittels bedienen dürfe, nur um einen, sei es auch berechtigten Zweck zu erreichen. Den Satz „Der Zweck heiligt die Mittel" kennt es nicht. Kann etwa jemand, bloß um sein Geld zu erhalten, den Schuldner ungestraft umbringen oder ihn berauben? Es ist gerade die von

[65]) **Dalcke** a. a. O. S. 347; **E. Jaeger** a. a. O. N. 12; **Lindenberg** a. a. O. N. 12; **Neumeyer** a. a. O. S. 190; **Vogels** a. a. O. S. 33.

[66]) So **Schwartz** N. 7 zu § 241 KO.

[67]) So **Höpfner**, ZStW. 26 S. 228; **Köhler**, Lehrb. S. 508.

jenen Schriftstellern übersehene Frage, ob jemand einen strafbaren Erfolg herbeiführen dürfe, um ein eigenes Interesse zu befriedigen.

In solchem Fall muß gesagt werden, ob der Teilnehmer erlaubt oder schuldlos handelt oder ob ein überwiegendes staatliches Interesse an der persönlichen Straffreiheit besteht.

Vielfach [68]) wird behauptet, da die Gesetzesbestimmung dem Schutz des Vermögens der Gläubiger diene, so könne man doch natürlich denjenigen nicht bestrafen, der nur etwas erstrebe, was ihm rechtmäßig zustehe. Diese Beweisführung ist trügerisch. Eine Antwort auf die Frage, welchem Zwecke die Vorschrift des § 241 KO. diene, kann nur auf Grund der Rechtsgutlehre gegeben werden. Welches Rechtsgut soll durch sie geschützt werden? Tatobjekt des Verbrechens ist das Vermögen der Gläubiger, sofern es durch Handlungen des Schuldners gefährdet oder verletzt wird [69]). Es ist aber zugleich das Rechtsgut, das vor dem Verhalten des Täters bewahrt werden soll, also Schutzobjekt [70]). Jedoch dient der Schutz nicht dem Vermögen des einzelnen Gläubigers. Vielmehr soll die Gläubigergesamtheit, die vom Konkurs betroffen ist, vor einer weiteren Vermögensschädigung durch den Schuldner geschützt werden. Denn die Strafdrohung des § 241 KO. bezweckt unbestreitbar die Sicherung einer ordnungsmäßigen Durchführung des Konkursverfahrens. Gewährt nun der Schuldner einem Gläubiger vor den anderen etwas aus der Masse, so schädigt er damit alle anderen Gläubiger in verhältnismäßiger Weise und vereitelt damit das Ziel des Konkurses, jedem Gläubiger einen verhältnismäßigen Anteil aus der Masse zukommen zu lassen. Denn im Konkurse können die Gläubiger nur eine ihrem Anteil entsprechende Befriedigung erlangen. Für sie alle gilt die gleiche Bedingung (par condicio omnium creditorum). Wenn sich nun also ein Gläubiger mit der Aufforderung an den Schuldner wendet, ihm eine nicht zustehende Befriedigung zu gewähren, so verstößt auch dieser gegen Zweck des § 241 KO., der die Gesamtheit der Gläubiger bezüglich der Sicherheit ihrer Forderungen schützen will. Der Gesetzgeber hat nun allerdings den Gläubiger, der sich eine Befriedigung bloß verschafft, nicht für strafwürdig gehalten, weil er etwas erstrebt, was zur Deckung seines Anspruchs geeignet ist, mag es ihm auch nicht in der Art zustehen,

---

[68]) Vgl. die S. 33 N. 65 zitierten Schriftsteller.

[69]) So auch Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 421; Frank I zu § 239; Hirschberg, Die Schutzobjekte der Verbrechen S. 37; v. Liszt-Schmidt S. 663; Wach, V.D.V.T. 8 S. 1.

[70]) So auch Doerr, GoltdArch. 64 S. 52 und Hirschberg a. a. O. S. 37.

Dies geht insofern zu weit, als der Gläubiger in dem Falle kein berechtigtes Interesse verfolgt, wenn er etwas erstrebt, was ihm überhaupt nicht zusteht. De lege ferenda ist deshalb hier eine Änderung angebracht. Der Gläubiger muß als Täter strafbar werden, wenn er ohne schutzwürdigen Grund sich nur bereichern will.

Wenn nun der Gläubiger den Schuldner zur Leistung einer ihm nicht zustehenden Deckung vorsätzlich bestimmt, fehlen dann irgendwelche Verbrechenselemente der „Anstiftung"? Hierbei ist wie bisher zu beachten, daß man auf die Frage nur eine Antwort nach Prüfung, ob ein Strafausschließungsgrund i. w. S. gegeben sei, erteilen kann. Durch allgemeine Billigkeitserwägungen ist die Straflosigkeit nicht zu begründen.

Es liegt auf der Hand, daß weder die „Typizität" noch die Rechtswidrigkeit der Tat entfällt. Ist das Verhalten des Teilnehmers nun irgendwie schuldfrei? Man kann nicht sagen, daß der Gläubiger sich in einem Konflikt befindet, in dem ihm die Unterlassung rechtswidrigen Verhaltens nicht zuzumuten sei. Das Gesetz schneidet ihm ja selbst die Möglichkeit, seinen vollen Forderungsbetrag im Konkursverfahren ausgezahlt zu erhalten, dadurch ab, daß es ihm nur einen verhältnismäßigen Anteil gewährt. Es geht auch nicht an, zuzulassen, daß der Gläubiger strafbare Erfolge verursacht und andere in Strafe führt, nur um den vollen Betrag seiner Forderung zu erhalten. Ein solches Verhalten verdient nicht eine Entschuldigung, sondern den Vorwurf des Gesetzes. Ebenso wie von ihm erwartet werden kann, daß er den Schuldner nicht umbringt, um sich sein Geld zu verschaffen, ist ihm auch zuzumuten, daß er nicht Ursache einer Strafbarkeit wird, bloß um befriedigt zu werden. Die Annahme eines Schuldausschließungsgrundes ist daher unmöglich.

Es bleibt nur das Problem zu lösen, ob dem Anstifter etwa ein persönlicher Strafausschließungsgrund zur Seite steht. Formallogisch könnte ein solcher aus der tatbestandlichen Fassung des Einzelfalls oder aus der systematischen Anordnung der Verbrechen, schließlich auch aus der Rechtsgutlehre begründet werden. Keiner dieser Wege führt hier zum Ziel. Eine Schutzbestimmung des einzelnen Gläubigers liegt nicht vor[71]). Die anderen Möglichkeiten scheiden in gleicher Weise aus wie bei § 243 KO. Die Geschichte der Vorschrift allein kann allgemein zur Begründung eines Strafausschließungsgrundes[72]) nicht ausreichen, sofern nicht die gesetzlichen Bestimmungen selbst einen Hinweis auf die Straflosigkeit enthalten,

[71]) Vgl. S. 34.

[72]) Entgegen der Annahme mancher. Vgl. die S. 31 A. 58 zitierten Schriftsteller.

mag dies auch nicht ein ausdrücklicher sein. Sie kann nur zur Bekräftigung eines solchen Hinweises dienen. Hier gibt nun weder Tatbestand noch systematische Anordnung einen Anhalt dafür, daß ein persönlicher Strafausschließungsgrund gewährt werden soll. Der Staat will die Gläubigergesamtheit schützen. Der einzelne Gläubiger will dagegen sein Geld erhalten. Ein überwiegendes Interesse dieses Gläubigers gegenüber den Belangen des Staates kann hier nicht anerkannt werden. Gewiß hat er ein verständliches Interesse, zu seinem Gelde zu kommen. Das Gesetz will ihm auch nicht entgegenstehen, soweit er sich diesen Vorteil nur beschafft. Auf keinen Fall kann er jedoch einen solchen Vorteil verlangen, der ihm gar nicht oder nicht in der erstrebten Art zusteht. Indem der Staat dem Gläubiger selbst nur einen Bruchteil seiner Forderung zubilligt, setzt er seinem Interesse kraft Gesetzes Schranken. Durch dasselbe Gesetz aber, die Konkursordnung, stellt er als Zweck des ganzen Verfahrens die verhältnismäßige Befriedigung a l l e r Gläubiger aus der Masse hin. Dieses Ziel geht ihm also gegenüber der vollen Befriedigung eines einzelnen Gläubigers vor. Das folgt auch aus § 241 KO., der nur dem Schutz des Konkursverfahrens in dem vom Gesetzesgeber bezweckten Sinne dient.

Überwiegt aber das Interesse des einzelnen Gläubigers nicht gegenüber demjenigen des Staates am Schutz der Gläubigergesamtheit, so kann dem Gläubiger auch nicht ein persönlicher Strafausschließungsgrund zugebilligt sein. Es trifft ihn deshalb die Anstifterstrafe.

Bezüglich der Beihilfe ist folgendes zu beachten. Das Sichgewährenlassen des Vorteils ist materiell nicht eine Hilfeleistung des Schuldners zum Gewähren. Vielmehr ist es als selbständig, die Tätigkeit des Schuldners notwendig ergänzend und deshalb als Täterschaft zu denken. Soweit ein solches Sichgewährenlassen vorliegt, kann auch diese Tätigkeit nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Hilfeleistung zu fremdem Tun beurteilt werden. Da schon die Täterschaft solcher Art nicht vertypt und mit Strafe bedroht ist, so liegt nicht nur ein Strafausschließungsgrund, sondern überhaupt gar kein Delikt vor. Anders ist dies jedoch, wenn die Beihilfe nicht in solcher Form auftritt. Dann geht der Gläubiger über das Maß seiner notwendigen Mitwirkung hinaus und verfolgt objektiv gar nicht mehr nur eigene schutzwürdige Interessen, mag er dies auch mit seiner Tätigkeit bezwecken, sondern er unterstützt fremde Strafbarkeit. Sein Verhalten als Gehilfe erweist dann auch hier die überschießende Tendenz gegenüber der n. T. Ein staatliches Interesse an der Nichtbestrafung dieses Verhaltens, das die staatlichen Belange keineswegs

an Bedeutung übertrifft, besteht nicht. Dem Gehilfen wird also ein persönlicher Strafausschließungsgrund nicht gewährt.

Der Gläubiger ist sonach nicht als Täter, wohl aber als Teilnehmer an der Handlung des Schuldners strafbar[73]).

Die h. M. verwirft dieses Ergebnis als unbillig. So meint z. B. Reichart[74]), es sei eine Härte, von dem Gläubiger, der vielleicht zu seinem sauer ersparten Gelde kommen wolle und den Mitgläubigern gegenüber gar keine Pflicht habe, zu verlangen, daß er von der rechtzeitigen Geltendmachung seines Anspruchs abstehe und sich dadurch schädige. Demgegenüber ist zu betonen, daß das Gesetz dem Interesse des Gläubigers insoweit Rechnung trägt, als er sich seine Deckung nur verschafft. Es wird von ihm nichts Unzumutbares dadurch verlangt, daß er nicht strafbare Erfolge herbeiführe, nur um seine Interessen zu befriedigen. Zwar hat der Gläubiger, der eine Deckung zu erlangen sucht, die ihm nicht in der erstrebten Art oder überhaupt nicht zusteht, keine unmittelbare Pflicht gegenüber der Gläubigergesamtheit. Aber er hat doch die Pflicht gegenüber dem Staate, sein Handeln so einzurichten, daß er nicht gegen staatliche Verbote verstößt. Die Anstifternorm als Bestimmungsnorm verlangt hier von ihm, nicht Urheber eines Verhaltens zu werden, das den Schuldner nach § 241 KO. strafbar macht.

Die h. M. stellt sich einseitig auf den Standpunkt des egoistischen Gläubigers. Sie berücksichtigt nicht die Wirkung, die die Handlung des Schuldners auf den Gläubiger hat, wenn dieser tätig wird. Es ist ihr ganz dasselbe, ob der Gläubiger sich selbst den Vorteil verschafft oder ob er nicht davor zurückscheut, in seinem eigenen Interesse einen anderen strafbar werden zu lassen. Soweit darf der Egoismus des Gläubigers nicht gehen. Der Schuldner wird in diesem Falle zu einer Pflichtwidrigkeit veranlaßt[75]). Die Rechtsprechung hat durch-

---

[73]) So im Ergebnis auch: Berner, Lehrb. S. 613 N. 2; Kleinfeller in Stengleins Nebengesetzen (1. Aufl.) N. 2c zu § 211; Mentzel N. 3; Meyer-Bleyler N. 10; Rosenberg im Leipz. Komm. N. 11; Rüdorff-Stenglein N. 5; Petersen-Kleinfeller N. 9; Oppenhoff-Delius N. 12; v. Sarwey-Bossert N. 12; Schmidt a. a. O. S. 201; Sydow-Busch N. 9; Wachenfeld S. 433; insbesondere das RG. in ständiger Rechtsprechung. Siehe hierzu RGE. 2 S. 439 ff., 4 S. 1 ff., 5 S. 276 u. 435, 20 S. 214 ff., 48 S. 21; Rspr. 4 S. 28, 4 S. 145 ff.; RG. in JW. 81 S. 133 (letzteres bzgl. der Beihilfe), 82 S. 50 u. 118, 90 S. 108 N. 2 u. 400 N. 3 (letztere: bloße Annahme straflos), 92 S. 10 N. 2 (Beihilfe), 93 S. 583 N. 1, 99 S. 664 N. 9, 1927 S. 2432 N. 21 (vgl. Bendix dazu); Leipz. Z. 1916 S. 958; GoltdArch. 54 S. 306, 63 S. 116; gelegentlich auch RG. in Zivils. 8 S. 92.

[74]) GS. 48 S. 326.

[75]) So durchaus zutreffend auch Beling, ZStW. 18 S. 271, allerdings bzgl. § 181 StGB.

aus das richtige Gefühl für die Verwerflichkeit der Tätigkeit des Gläubigers. Sie geht mit Recht nicht den Weg der h. M., die auf dem Standpunkt steht, daß der Zweck die Mittel heilige.

4. Die Ausbeutungsdelikte.

Unter diesem Begriff fassen wir solche strafbaren Handlungen zusammen, die die Ausbeutung einer leicht auszunutzenden wirtschaftlichen oder psychischen Lage eines Menschen bezwecken. Der Täter will sich in diesem Falle bereichern. Alle diese Delikte enthalten nur eine einseitige Strafdrohung gegen den notwendig Mitwirkenden, den Ausbeuter. So ist in den §§ 301 und 302 StGB. das Ausbeuten von Minderjährigen, in den §§ 302 a ff. StGB. und § 49 a Mieterschutzgesetz vom 30. 6. 1926 das Bewuchern eines anderen strafbar. Die notwendige Beteiligung des Minderjährigen in den §§ 301 und 302 StGB., des Bewucherten in den §§ 302 a ff. StGB. und § 49 a MSchG. ist jedoch als Täterschaft nicht mit Strafe bedroht. Auch hier ergibt sich die Frage, ob der Minderjährige oder der Bewucherte haftbar werden, wenn sie als Teilnehmer handeln. Kann z. B. der Bewucherte, der einen Dritten anstiftet, unter Ausbeutung seiner Notlage ihm ein Darlehen gegen übermäßig hohe Zinsen zu geben, nach den §§ 302 a, 48 StGB. bestraft werden? Handelt er vorsätzlich, so liegen allerdings sämtliche unter die Rubrik der Anstiftung fallenden objektiven Merkmale vor, und damit ein wichtiges Indiz für die Widerrechtlichkeit. Aber auch die Schuldseite der Tat ist erfüllt. Jedoch scheint jenes Indiz widerlegbar zu sein, und zwar aus folgenden Gründen. Der Ausgebeutete hat den Ausbeuter zu einer Tat bestimmt, die sich gegen ihn selbst richtet. Der Verletzte war bei solcher Sachlage mit dem Verhalten des Ausbeuters einverstanden. Er hat also in die Verletzung eingewilligt. Es ergibt sich damit das Problem, ob durch diese Einwilligung die Rechtswidrigkeit der ausbeuterischen Tätigkeit beseitigt wird. Einer solchen Möglichkeit steht aber der Umstand entgegen, daß hier die Einwilligung des Minderjährigen oder Bewucherten, die in ihrem Mitwirken liegt, sei es nun, daß diese in Form der notwendigen Beteiligung oder der technischen Teilnahme tätig werden, das Delikt erst tatbestandsmäßig ermöglicht. Die Rechtswidrigkeit kann durch die Einwilligung des Verletzten also gar nicht ausgeschlossen werden. Sie wird vielmehr erst durch sie begründet [76]). Auf diesem Wege ist daher die Straflosigkeit des Minderjährigen oder Bewucherten als Teilnehmers nicht zu

[76]) So auch Honig, Die Einwilligung des Verletzten S. 221; im Ergebnis auch Freudenthal a. a. O. S. 102.

rechtfertigen. Das Verhalten dieser Personen ist rechtswidrig [77]), mag es auch juristisch bloß als Handeln in der Außenzone, Anstiftung oder Beihilfe zu charakterisieren sein.

Aber auch auf dem Wege über die Annahme eines Schuldausschließungsgrundes kann die Straflosigkeit nicht gerechtfertigt werden. Die Wissenschaft hat sich mit dieser Frage noch nicht befaßt. Man könnte meinen, wegen Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens müsse die Tat entschuldbar sein. Die Aufstellung eines derartigen Schuldausschließungsgrundes, auf den wir bereits mehrfach Bezug genommen haben, ergibt sich mit Notwendigkeit aus dem Schuldbegriff [78]). Die neueren wissenschaftlichen Untersuchungen [79]) haben gelehrt, daß er außer einem psychologischen Element auch ein normatives enthält. Ein Verhalten ist nur dann als schuldhaft anzusehen, wenn es im Widerspruch zu einer Anforderung, einem Sollen steht. Nur dann ist es „vorwerfbar“. Hieraus ergibt sich aber, daß ein solcher Widerspruch dann nicht vorliegen kann, wenn dem Täter nicht „zuzumuten“ ist, daß er der Anforderung genüge. Ist ein Verhalten nicht zumutbar, so ist es auch nicht vorwerfbar, folgeweise nicht schuldhaft. Dies hat denn mit Notwendigkeit die Annahme eines allgemeinen Schuldausschließungsgrundes der Nichtzumutbarkeit zur Folge.

Ob ein solcher hier vorliegt, dafür wird mit v. Liszt-Schmidt [80]) entscheidend die gesamte Lage ins Gewicht fallen, aus der heraus der Bewucherte handelt, insbesondere der Umstand, ob er sich unter solchem psychischen Zwang befunden hat, daß eine Beeinflussung durch die Strafdrohung im Hinblick auf seine Fähigkeiten erfahrungsgemäß nicht mehr zu erwarten war. Aus der Notwendigkeit, auf die konkreten Fähigkeiten abzustellen, ergibt sich schon, daß hier zwar im Einzelfall die Möglichkeit einer Schuldausschließung gegeben sein kann. Es fragt sich aber, wie generell die Straflosigkeit ohne Rücksichtnahme auf bestimmte Einzelfälle der teilnehmenden ausgebeuteten Person zu begründen sei.

Hierzu ist zu bemerken, daß man nicht allgemein die Zwangslage für so groß halten kann, daß sie ein für allemal die Schuld wegen Nichtzumutbarkeit ausschließt. Die Befreiung aus ihrer Notlage wird

---

77) Vgl. die N. 76 zitierten Schriftsteller, ferner auch Gerland, V.D.B.T. 2 S. 490.

78) Vgl. hierzu namentlich J. Goldschmidt, Der Notstand ein Schuldproblem; denselben, Österr. ZStW. 4 S. 129; Freudenthal, Schuld und Vorwurf; v. Liszt-Schmidt S. 266 ff. und S. 247 N. 16.

79) Vgl. dazu namentlich v. Liszt-Schmidt S. 206 ff.; auch Mezger, GS. 89 S. 251.

80) S. 266.

den in Frage kommenden Personen überhaupt nicht zum Vorwurf gemacht. Vorgeworfen wird ihnen lediglich, daß sie andere — wo dies zu vermeiden war — im eigenen Interesse strafbar werden lassen bzw. diese in ihrem strafbaren Verhalten unterstützen, also die Art ihrer Tätigkeit. Die Unterlassung dieses rechtswidrigen Verhaltens ist ihnen aber durchaus in den Fällen, wo die Zwangslage nicht übergroß ist, zuzumuten.

Es bleibt also nur noch die Frage zu beantworten, ob das Gesetz für diesen Fall den Teilnehmer persönlich von der Strafe befreien will, da durch den Mangel einer Strafbarkeitsbedingung die Straflosigkeit hier nicht begründet werden kann. v. Kries[81]) zählt die vorliegenden Fälle unter denjenigen Bestimmungen auf, die den Schutz bestimmter Personen bezwecken (1. Satz). Diese Personen können sich nach seiner Ansicht deswegen niemals der Teilnahme an der Übertretung der Schutzvorschrift strafbar machen. Der v. Kriessche Gedanke ist hier in der Tat verwertbar. Denn wenn die Vorschriften die ausgebeutete Person derart schützen, daß sie auch selbst auf diesen Schutz nicht wirksam verzichten kann, so ist der Schutz um jeden Preis bezweckt. Es liegt auf der Hand, daß in solchem Falle das Tatobjekt auch dann nicht strafwürdig handelt, wenn es Urheber der Tätigkeit des Ausbeuters geworden ist. Ob nun aber der Schutz der Tatobjekte durch die Bestimmung bezweckt ist, läßt sich mit Hilfe der Rechtsgutlehre feststellen. Freudenthal[82]) meint zwar, die Rechtsgutlehre sei für die Rechtfertigung einer Straflosigkeit der vorliegenden Fälle möglicher Ausnahmen von der Teilnahmelehre nicht verwendbar. Diese Ansicht ist irrig, wie das Folgende ergeben wird.

Wucher und Ausbeutung Minderjähriger (§§ 301 ff. StGB.) sind dem Abschnitt „Strafbarer Eigennutz" eingegliedert. Sie sind Delikte gegen das Vermögen[83]). Mit Recht ordnet sie deshalb auch der Entwurf 1927[84]) unter diesen ein. Bezüglich der Vorschriften der §§ 301 und 302 kann es zwar zunächst zweifelhaft sein, ob tatsächlich das Vermögen der ausgebeuteten Personen Schutzobjekt ist und ob eine wirtschaftliche Benachteiligung des Minderjährigen eingetreten sein muß. Verschiedene Umstände deuten jedoch darauf hin, daß dies erforderlich ist. Denn das Gesetz verlangt einmal die „ge-

---

[81]) a. a. O. S. 527.

[82]) a. a. O. S. 117.

[83]) So auch Hirschberg, Die Schutzobjekte der Verbrechen S. 37; Honig a. a. O. S. 121; Frank III zu § 302 a; v. Liszt-Schmidt S. 686.

[84]) Vgl. den 28. Abschnitt des Bes. Teils § 342.

winnsüchtige" Absicht der Ausbeutung von dem Täter, zum anderen aber die „Benutzung" einer Lage des Minderjährigen. Als eine Benutzung ist aber hier dem Sinne nach nur die gewinnsüchtige Tätigkeit des Ausbeuters denkbar[85]).

Das gleiche wie für § 302 a StGB., der unstreitig ein Vermögensdelikt darstellt, gilt auch für § 49 a MSchG., der einen, wenn auch nur erweiterten Unterfall der allgemeinen Wucherbestimmungen des StGB. enthält. Es sollen sonach diese Personen als Tatobjekte vor der Ausbeutung geschützt werden, und zwar aus dem Grunde, weil sie selbst regelmäßig nicht in der Lage sind, die Notwendigkeit eines eigenen Schutzes einzusehen oder einen solchen sich selbst zu gewähren. Es mangelt ihnen entweder infolge ihres jugendlichen Alters die Einsicht in die Tragweite ihres Tuns, oder sie befinden sich in einer Lage, in der sie fremder Beeinflussung leicht zugänglich sind. Der Täter, dem die Lage dieser Personen bekannt ist, sucht sie auszunutzen und sich auf leichte Weise zu bereichern. Davor sollen die Ausgebeuteten bewahrt werden[86]). Werden sonach im wesentlichen private Vermögensinteressen durch die Bestimmungen geschützt, so bestehen doch auch starke öffentliche Interessen an dem Schutz jener Personen. Wir sahen bereits, daß eine Einwilligung in die Verletzung die Widerrechtlichkeit der Tat nicht beseitigen kann. Mit gutem sachlichem Grunde! Das Verhalten der ausbeutenden Person widerspricht den allgemeinen sittlichen Anschauungen. Die Einwilligung selbst ist nur unter dem Zwang der Verhältnisse zustandegekommen. Sie macht die Ausbeutungstätigkeit des Wucherers oder Übervorteilers erst möglich. Öffentliche Interessen erheischen einen Schutz der benachteiligten Personen der Sache nach aber auch dann, wenn jene aus Mangel an Einsicht ihn gar nicht wünschen.

Das gleiche wie für die Anstiftung gilt für die Beihilfe. Auch in diesem Falle kann sich die ausgebeutete Person des Schutzes nicht begeben, der ihr zuteil werden soll. Mag sie die Tätigkeit des Ausbeuters auch fördern, so geschieht dies doch nur zu ihrem eigenen Schaden, der verhütet werden soll.

Aus diesen Erwägungen heraus erhellt, daß das Gesetz kein Interesse an der Bestrafung der Ausgebeuteten, sondern nur an ihrem Schutz hat. Es erfüllt allerdings das Handeln dieser Personen die objektiven Voraussetzungen der §§ 48 und 49 StGB. Aber trotz

---

[85]) Im Ergebnis wie hier Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 446; Hegler, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie 9 S. 387; a. M. Honig a. a. O. S. 121; Rosenberg im Leipz. Komm. N. 5 zu § 301.

[86]) So außer den S. 40 N. 83 zitierten Schriftstellern auch Zadek, GS. 40 S. 586 und Olshausen N. 4 zu § 301.

Vorliegens der Verbrechensvoraussetzungen steht doch das Interesse des Staates an dem Schutz dieser Personen höher als an ihrer Bestrafung. Es soll also ihnen, aber auch nur ihnen persönlich Straffreiheit gewährt werden. Der Minderjährige und Bewucherte sind also nicht als Teilnehmer an der Handlung des Ausbeuters zu bestrafen [87]).

5. Das Problem der sog. Ausnahmen von der Teilnahme außerhalb des Gebiets der notwendigen Teilnahme.

Auch außerhalb des Gebiets der n. T. gibt es Delikte, bei denen im Falle möglicher und regelmäßiger Mitwirkung mehrerer Personen das Problem entsteht, ob der als Täter nicht strafbare Mitwirkende als Teilnehmer haftbar werden könne. Diese Fälle gehören streng systematisch nicht hierher. Da jedoch ein innerer Zusammenhang mit den gleichartigen Erscheinungen im Gebiet der n. T. besteht, sollen sie kurz mitbehandelt werden. Besonders bedeutsam ist der Fall der Kuppelei.

a) Die Kuppelei.

In dem Zusammenhang der bisherigen Untersuchung ergibt sich folgende Frage. Kann die verkuppelte Person, falls sie den Kuppler zu ihrer eigenen Verkuppelung anstiftet oder ihm Hilfe hierzu leistet, als Teilnehmer an dessen Tat strafbar sein?

Kohler [88]) macht gegen die Strafbarkeit der Verkuppelten außer den üblichen Einwänden der h. L. noch folgenden geltend. Er meint, diese Person könne schon deswegen nicht als Anstifter bestraft werden, weil ihr der Eigennutz oder die Gewohnheitsmäßigkeit des Handels fehle. Das ist aber für ihre Tätigkeit als Anstifter ohne Bedeutung. Denn der Anstifter braucht, weil er in der Außenzone handelt, nicht die persönlichen Voraussetzungen zu erfüllen, denen der Täter in der Innenzone genügen muß [89]).

---

[87]) So die h. M. Außer den zitierten Schriftstellern sämtliche Kommentare und Lehrbücher, andeutungsweise auch das RG. in E. 18 S. 218. Vgl. zu der Frage auch noch Isopescul-Grecul, Das Wucherstrafrecht Bd. 1 S. 302 (bzgl. § 302 a) mit interessanten Nachweisen über frühere Rechtszustände (S. 141, 146, 302 A. 1), nach denen eine Bestrafung der benachteiligten Personen durch Ordnungsstrafen eintreten konnte.

[88]) Studien aus dem Strafrecht S. 136.

[89]) Dies folgt aus der strengen logischen Unterscheidung des positiven Rechts zwischen Täterschaft und Teilnahme, die auch die Entwürfe beibehalten. Die Tatbestandserfordernisse gelten nur für die Täterschaft. Vgl. auch zu der Frage im allgemeinen Frank Vorbem. zum 3. Abschn. IV, 1. Zu § 180 im Ergebnis wie hier Olshausen-v. Lorenz A. 14 b.

Bestimmt die Verkuppelte den Kuppler z. B., ihr Personen ausfindig zu machen, die zur Ausübung der Unzucht mit ihr bereit sind, so liegen bezüglich ihrer Tätigkeit die Verbrechensmerkmale der Erscheinungsform „Anstiftung“ zu § 180 StGB. vor. Insbesondere ist mit der Erfüllung der objektiven Momente der Anstiftung auch ein wichtiges Indiz für das Vorliegen der Rechtswidrigkeit der Tat gegeben. Jedoch scheint dieses Indiz hier widerlegbar zu sein. Denn geht die Veranlassung des Kupplers zu seiner Tat von der Verkuppelten selber aus, so ist aus diesem ihren Verhalten zu schließen, daß sie mit der Verkuppelung ihrer eigenen Person einverstanden ist. Wird durch diese Einwilligung die Widerrechtlichkeit der Tat des Kupplers beseitigt? Diese Frage ist zu verneinen, und zwar aus dem Grunde, weil die Einwilligung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nicht als rechtwirksam angesehen werden kann [90]).

Eine Schuldausschließung kann nicht vorliegen. Der Vorwurf dafür bleibt bestehen, daß die Verkuppelte, um ihrer Unzucht nachgehen zu können, Dritte strafbar werden läßt. Die Unterlassung dieses Verhaltens ist ihr durchaus zuzumuten. Andere soll sie wenigstens aus dem Spiele lassen.

Es sind sonach alle verbrechensbegründenden Merkmale der Anstiftung zur Kuppelei vorhanden. Die Straflosigkeit kann also nur durch die Annahme eines persönlichen Strafausschließungsgrundes gerechtfertigt werden. Ob ein solcher hier vorliegt, läßt sich nur aus dem Zweck der Bestimmung, insbesondere im Hinblick auf die Frage, welches Rechtsgut durch sie geschützt werden soll, beantworten. Es ist deshalb zu prüfen, welchem Zweck die Vorschrift dient, und insbesondere festzustellen, welches Rechtsgut sie schützen will. Würden die Vorschriften der §§ 180 ff. StGB. einen Schutz der verkuppelten Personen bedeuten, so wäre die Lage dieselbe wie bei den Ausbeutungsdelikten. Man hätte dann aus dem Zweck des Gesetzes, die Verkuppelte vor sexueller Ausbeutung zu schützen, zu folgern, daß sie persönlich von einer Strafe nicht getroffen werden soll, da gerade ihr Schutz beabsichtigt ist. Die Ansicht, daß die Verkuppelte geschützt werden soll, begegenet jedoch Bedenken. Die Bestimmung des § 180 StGB. ist dem Abschnitt „Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit“ eingegliedert. Man hat hier zwischen solchen Delikten, bei denen das Interesse des einzelnen auf die geschlechtliche Unversehrtheit den wesentlichen Zweck der Strafdrohung ausmacht,

---

[90]) So auch namentlich Honig a. a. O. S. 137; ähnlich Coenders, Strafr. Grundbegriffe S. 215.

und anderen, bei denen das Interesse der Allgemeinheit an dem Schutz des allgemeinen sittlichen Gefühls den Ausschlag zu einer Bestrafung gibt, zu unterscheiden[91]).

Zu der ersten Gruppe sind zu rechnen die Delikte der §§ 176 und 177 StGB., zu der zweiten die der §§ 171—174 StGB. Dieser ist auch die Kuppelei und die Zuhälterei einzugliedern[92]). Das Gesetz zieht durch seine Bestimmungen selbst die Grenze, innerhalb deren der geschlechtliche Verkehr straffrei sein soll. Es hängt dabei wesentlich von den herrschenden sittlichen Anschauungen der Zeit ab, wieweit der Gesetzgeber hier gehen will. So steht das geltende Recht auf dem Standpunkt, daß der außereheliche Geschlechtsverkehr und die Unzucht grundsätzlich straffrei zu bleiben haben. Strafwürdig erscheinen diese Handlungen nur unter besonderen Umständen, so z. B. aus gesundheitspolitischen Gründen (so in § 173 zur Vermeidung von Inzucht), ferner wenn sie unter Ausbeutung eines Abhängigkeitsverhältnisses (§ 174) oder an Personen mit Gewalt gegen deren Willen oder an Jugendlichen vorgenommen werden (§ 176), wenn sie widernatürlich sind (§ 175) — was de lege ferenda sehr bestritten ist —, schließlich aber auch, wenn sich Dritte in die Unzucht anderer einmischen, insbesondere gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz tätig werden oder sich den Lebensunterhalt aus dem unsittlichen Treiben des anderen verschaffen (§§ 180 ff. StGB.). In allen diesen Fällen liegt allerdings ein Eingriff Dritter in die Geschlechtssphäre der Unzuchttreibenden vor. Aber darüber hinaus werden durch die Tätigkeit des Verbrechers auch in starkem Maße öffentliche Interessen berührt. Die Kuppelei kann gar nicht nur als Eingriff in die private Sphäre der Verkuppelten angesehen werden. Wäre sie nur dies, so würde in zahlreichen Fällen wegen des Einverständnisses der Verkuppelten mit der Handlung des Kupplers und wegen der Freiheit dieser Person, über ihr Geschlechtsleben zu befinden, vom Standpunkt der gegenwärtigen Gesetzgebung aus gar kein Interesse an der Bestrafung des Kupplers bestehen. Seine Bestrafung hat nur dann einen Sinn, wenn man von der Voraussetzung ausgeht, daß sein Verhalten gegen das Sittlichkeitsempfinden der Allgemeinheit ver-

---

91) So auch Hirschberg a. a. O. S. 134; a. M. Philipsborn, Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen S. 132 und N. 1 daselbst, der zu Unrecht annimmt, daß alle Sittlichkeitsdelikte nur Interessen einzelner verletzen.

92) So richtig Beling, Grundzüge S. 64 ff. A III, C III; Hirschberg a. a. O. S. 134; ähnlich Kohler, Studien S. 136; vgl. auch Wachenfeld, Lehrb. § 114; Mittermaier, V.D.B.T. 4 S. 175; a. M. Doerr in GoltdArch. 64 S. 38 ff.

stößt. Das Verschachern eines Menschen zu unsittlichen Zwecken, die Einmischung des Kupplers in die Unzucht der Dirne und das Ziehen eines Erwerbes oder die Eigennützigkeit der Ausbeutung des unzüchtigen Verhaltens anderer berührt allgemeine gesellschaftliche Belange. Die Bestimmungen der §§ 180 ff. StGB. dienen also nur indirekt dem Schutz der Dirne und bezwecken im wesentlichen den Schutz des Sittlichkeitsempfindens der Allgemeinheit[93]).

Da der Zweck des Gesetzes also öffentlichen Interessen dient, so kann der Verkuppelten ein Strafausschließungsgrund nicht zur Seite stehen. Mag sie auch mit der Anstiftung des Kupplers nur ihrem Egoismus dienen wollen, so kann ihr Verhalten der Allgemeinheit gegenüber nicht als schutzwürdig erscheinen. Sie begnügt sich nicht damit die Unzucht auszuüben, sondern sie zieht auch Dritte mit hinein, und zwar geht sie hier in einer Weise vor, die durchaus verwerflich ist. Wird der Kuppler auf die Anstiftung der Verkuppelten tätig, so macht er sich strafbar. Der Urheber dieses Verhaltens ist die Dirne geworden. Der Kuppler ist ihr das Mittel zu ihrem unsittlichen Treiben. Dem allgemeinen Sittlichkeitsempfinden widerspricht es aber ebensosehr, daß die Verkuppelte ihrer Unzucht wegen andere in Strafe führt wie daß der Kuppler sich in ihr Treiben einmischt.

Steht sonach der Verkuppelten ein Strafausschließungsgrund nicht zur Seite, so ist sie als Teilnehmer strafbar[94]). Das gleiche gilt, wenn sie dem Kuppler zu dessen Tat Hilfe leistet. Denn in diesem Falle fördert sie dessen strafbare Tätigkeit. Wenn sie das auch im eigenen Interesse tut, so kann das deswegen keine Berücksichtigung finden, weil sie zugleich ein Verhalten unterstützt, das dem allgemeinen Sittlichkeitsempfinden widerspricht und strafbar ist. Sie verfolgt also kein schutzwürdiges Interesse, und deshalb kann der Staat auch nicht auf die Bestrafung dieser Person verzichten. Bei der Kollision seiner Interessen mit denen der Verkuppelten überwiegen die seinen.

---

93) Wie hier auch: Jacobs, Schutzobejkt und Tatobjekt S. 61; ähnlich Hälschner, Gem. d. Strafr. Bd. 2, vgl. insbes. die 2. Abt. 3. Abschn. „Delikte gegen die Gesellschaft". S. 483 ff. mit dem 4. Kapitel 2. Kuppelei S. 685 ff., wonach das Delikt gegen die „öffentliche Sittlichkeit", richtiger gegen das sittliche Gefühl verstößt. Vgl. auch die S. 44 N. 92 zitierten Schriftsteller. A. M. als hier namentlich v. Liszt, ZStW. 8 S. 144.

94) So im Ergebnis auch Beling, ZStW. 18 S. 271; Ebermayer im Leipz. Komm. N. 11 zu § 180; RGE. 4 S. 252, 23 S. 69, 25 S. 369. Die weitaus überwiegende Meinung ist hier anderer Ansicht. Vgl. insbes. Olshausen-v. Lorenz N. 14 b und die zahlreichen Literaturnachweise daselbst; ferner auch RGE. in GoltdArch. 47 S. 291.

b) Die Gefangenenbefreiung.

Ist ein Gefangener, der an der Handlung seines Befreiers sich beteiligt, als Teilnehmer zu dem Delikt des § 120 StGB. zu strafen? Die Sachlage ist hier dieselbe wie in den bisherigen Fällen. Mit der Annahme einer Rechtfertigung des Verhaltens ist die Straffreiheit hier nicht zu begründen.

Die h. L. geht von der Tatsache aus, daß der Gefangene wegen Selbstbefreiung nicht strafbar werden könne. Diese Voraussetzung trifft durchaus zu. Denn § 120 bedroht nur den Dritten, der einen Gefangenen befreit. Es wird nun von der h. M. ausgeführt, wenn der Gefangene nicht strafbar sei, falls er sich selbst befreie, so müsse er auch straffrei ausgehen, wenn er sich zu seiner Befreiung eines anderen als Mittels bediene. Auch dies sei nichts anderes als eine Selbstbefreiung, und der Freiheitsdrang, auf den das Gesetz Rücksicht nehme, sei in solchem Falle genau so groß, wie wenn der Gefangene ohne fremde Tätigkeit sich selbst befreie[95]). Die Schriftsteller, die eine solche Ansicht vertreten, nehmen offenbar an, daß die Schuld des Gefangenen als Teilnehmers infolge einer Zwangslage ausgeschlossen sei. Sein Freiheitsdrang sei so mächtig, daß ihm ein Vorwurf aus der Teilnahme an dem strafbaren Verhalten Dritter, die nur den Zweck der Selbstbefreiung verfolge, nicht gemacht werden könne.

Es ist nun aber gerade die Frage, ob der Gesetzgeber den Freiheitsdrang in so weitem Maße berücksichtigt. Es wäre eine Gesetzgebung denkbar, die die unbedingte Unterordnung des Gefangenen unter die Strafvollstreckung verlangt. Dies fordert z. B. das japanische Recht[96]). Die europäischen Gesetze lehnen jedoch mit gutem Grunde die Strafbarkeit einer solchen Handlung ab. Wo aber hier das Gesetz die Grenze ziehen will, ist aus dem Folgenden ersichtlich. Leistet ein Gefangener bei seiner Selbstbefreiung mit Gewalt dem Anstaltsbeamten Widerstand, so wird er nach § 113 StGB., wird er mit einem anderen Gefangenen in einer Rotte tätig, so nach § 122 Abs. 1 u. 2 strafbar. Das Gesetz nimmt also keine Rücksicht mehr auf den Freiheitstrieb, wenn der Gefangene sich eines Mittels zu seiner Befreiung bedient, das strafbar ist. Dies trifft aber auch auf

---

[95]) M. E. Mayer, Die Befreiung von Gefangenen S. 15; Herzog, GS. 34 S. 94; Thomsen, Strafrecht S. 236; Vogels a. a. O. S. 53 ff., bes. S. 56 f. Vgl. auch H. Hofmann, Die Gefangenenbefreiung S. 59.

[96]) § 97 des jap. StGB., der lautet: „Entweicht ein schon verurteilter oder noch nicht abgeurteilter Gefangener, so wird er mit Zuchthaus bis zu einem Jahre bestraft.“

den Fall zu, wenn er einen anderen zur Selbstbefreiung anstiftet. Wird der Angestiftete auf die Bestimmung hin durch den Gefangenen tätig, so macht er sich nach § 120 der Gefangenenbefreiung strafbar. Der Gefangene ist sonach Urheber dieser Tätigkeit geworden. Sein Verhalten wird also der Anlaß dazu, daß der Dritte der Strafe verfällt und womöglich ins Gefängnis kommt. Nun gibt es allerdings auch hier nicht eine besondere Norm, die dem Anstifter verbietet, einen anderen in Strafe zu führen. Aber die Anstiftung als Bestimmungsnorm will doch den Anstifter verhindern, daß er in objektiver Hinsicht Urheber der Strafbarkeit eines anderen werde. Wird der Angestiftete tätig, so liegt es auf der Hand, daß der Anlaß zu seiner Strafbarkeit vom Gefangenen ausgeht. Es ist durchaus nicht richtig, wie Hofmann[97]) meint, daß es wohl ethisch verwerflich, strafrechtlich jedoch irrelevant sei, wenn jemand einen anderen in Strafe führe. Das Gesetz hat an der Bestrafung insofern ein Interesse, als der Anstifter den strafbaren Erfolg mitverursacht, also dazu verhilft, daß ein Verbrechen durch einen Dritten begangen wird. Es verzichtet, soweit es nicht die Tat entschuldigt oder für rechtmäßig erklärt, nur dann auf Strafe, wenn es dem Tätigwerdenden einen Strafausschließungsgrund gewährt.

Kann man nun wirklich sagen, dem Gefangenen sei kein Vorwurf daraus zu machen, daß er, um sich selbst zu befreien, die Ursache für den Eintritt eines strafbaren Erfolges setze? Die Möglichkeit strafloser Selbstbefreiung ist ihm ja keineswegs genommen. Deshalb wird ihm nichts Unbilliges zugemutet durch die Auferlegung der Pflicht, Dritte nicht mit in seine Tat hereinzuziehen. Man könnte angesichts des Freiheitsdranges, der im Menschen angelegt ist, nur dann von einer psychischen Zwangslage reden, wenn das Gesetz auch die bloße Selbstbefreiung mit Strafe bedrohte. Dem Freiheitsdrang ist hier aber Bahn gegeben durch die Möglichkeit strafloser Befreiung. Diesen Weg mag der Gefangene wählen. Die Unterlassung der rechtswidrigen Hereinziehung anderer ist ihm deshalb durchaus zuzumuten. Es kann also mit der Annahme einer Schuldausschließung die Straflosigkeit des Gefangenen als Teilnehmers nicht begründet werden. Daher kommt es nur auf die Beantwortung der Frage an, ob dem Gefangenen ein persönlicher Strafausschließungsgrund zur Seite steht.

Dies wäre dann der Fall, wenn für den Staat ein stärkeres Interesse bestehen würde, das den Ausschlag für eine Nichtbestrafung gäbe. Hier trifft das nicht zu. Denn wenn der Gefangene sich zu

---

[97]) a. a. O. S. 61.

seiner Befreiung eines Meißels oder einer Zange bedient, um die Schlösser aufzubrechen, so wird er zwar nicht wegen Selbstbefreiung, wohl aber wegen Sachbeschädigung strafbar. Wenn er dagegen einen anderen zur Strafbarkeit veranlaßt, dadurch Urheber von dessen strafbarem Tun wird, so soll er nach der h. M. straflos ausgehen. Das staatliche Interesse an der Bestrafung ist im letzten Falle aber entschieden größer als im ersten. Denn er bedient sich hier eines menschlichen Verhaltens, das der Bestrafung unterliegt, als Mittels. So weit darf er vom staatlichen Standpunkt aus nicht gehen. daß er, bloß um sich zu befreien, strafbare Erfolge verursacht und einen anderen strafbar werden läßt. Es ist zu verneinen, daß der Staat das Interesse des Gefangenen an der Befreiung durch Teilnahme an der Tat des Befreiers angesichts der Möglichkeit strafloser Selbstbefreiung für bedeutsamer hält als die Sicherung einer ordnungsmäßigen Strafvollstreckung. Dieser letzte Gesichtspunkt muß für ihn gerade wegen der Funktion der Strafe als Abschreckungsmittels obenan stehen. Für die Beihilfe gilt ähnliches. Der Gefangene muß demnach als Teilnehmer bestraft werden[98]).

Zur Berücksichtigung des allerdings wegen des menschlichen Freiheitsdranges minderen Schuldwertes der Handlung bieten das geltende Recht und mehr noch die Entwürfe durchaus Gelegenheit.

c) Die Begünstigung[99]).

Wie ist derjenige zu beurteilen, der einen anderen veranlaßt, ihn zu begünstigen? Auf die bei allen den gleichliegenden Fällen wiederkehrenden Begründungen der Straflosigkeit, die bereits einer Kritik unterzogen sind, braucht hier nicht mehr eingegangen zu werden. Häufig findet sich bei der Begünstigung eine Ansicht vertreten, die sonst nicht aufgestellt wird. Sie soll noch zur Behandlung gestellt werden. Es ist der Gedanke der Konsumtion.

Frank[100]) und andere Schriftsteller führen aus, daß die Beteiligung an der Vortat die nachträglich einem Teilnehmer geleistete

---

[98]) Vgl. insbes. Vogels a. a. O. S. 61 und die dort zitierten Schriftsteller, namentlich Köhler, GS. 60 S. 61 ff.; weiterhin die zahlreichen Literaturnachweise bei Olshausen N. 7. Wie hier im Ergebnis auch RGE. 57 S. 418, 61 S. 31. Für die Strafbarkeit auch Hofmann a. a. O. S. 59, jedoch abweichend de lege ferenda (S. 61 ff.).

[99]) Eine gute systematische Zusammenfassung und kritische Würdigung der einzelnen Meinungen findet sich in der trefflichen Darstellung von Hegler in JW. 1924 S. 1597 ff. Sachlich und methodisch befindet sich der Text mit Hegler in vieler Hinsicht in Übereinstimmung.

[100]) IV, 3 zu § 257 und die dort zitierten Schriftsteller und Entscheidungen.

Begünstigung konsumiere. Das gleiche müsse aber erst recht für die eigene Begünstigung in jeder Form gelten. Die Prämisse ist außerordentlich umstritten und aus der positiv-gesetzlichen Regelung nicht zu begründen. Abs. 3 des § 257 StGB. enthält nicht ein allgemeines Prinzip, sondern nur eine Ausnahmebestimmung für den Fall der Beihilfe. Die durch Zusage geleistete Beihilfe erscheint als das Wesentliche gegenüber einer nachfolgenden, aus demselben Entschluß entsprungenen Begünstigung. Deshalb hat sie hier Konsumtivkraft. Aber die Konsumtivwirkung tritt nur in dem Falle der vorherigen Zusage ein, sonst nicht. Aus dem Satz: „Die Beteiligung an der Vortat konsumiert die Begünstigung zugunsten eines Dritten an der Vortat Beteiligten" kann aber nicht die Konsumtion der Selbstbegünstigung geschlossen werden. Hiergegen ergeben sich dieselben Bedenken wie gegen die Auffassung, daß die Teilnahme als Selbstbegünstigung nicht strafbar sein könne. Es besteht ein durchgreifender Unterschied zwischen der selbstgewährten Begünstigung zugunsten des Gewährenden oder eines Dritten und der von einem anderen gewährten Begünstigung, an der sich der Begünstigte zu seiner Begünstigung beteiligt.

Auch hier ist zu fragen, ob dem Begünstigten ein Strafausschließungsgrund i. w. S. zur Seite steht. Richtig ist, daß er wegen Selbstbegünstigung nicht strafbar werden kann. Denn die Begünstigung muß dem Täter oder Teilnehmer des Vordelikts gewährt werden. Die h. M. steht nun auf dem Standpunkt, daß die Anstiftung eines Dritten durch den Begünstigten zu dessen Tätigkeit nichts anderes sei als eine Selbstbegünstigung. Diese Ansicht ist insofern richtig, als die Wirkung der Anstiftung, vom Standpunkt des Begünstigten aus gesehen, für diesen die gleiche ist, als wenn er sich selbst begünstigt hätte. Das Mittel aber, durch das er jenes Ziel erreicht, ist der Angestiftete, der sich durch sein Verhalten nach § 257 StGB. strafbar macht, wenn er im Sinne des Anstifters tätig wird. Der Begünstigte ist der geistige Urheber dieses Erfolges geworden. Der Einwand v. Bars[101]), daß eine Strafbarkeit trotz Verursachung des Erfolgs nicht eintreten könne, weil nur eine Moralwidrigkeit, nicht aber eine Rechtswidrigkeit vorliege, geht dagegen fehl. Die objektiven Merkmale einer Anstiftung zur Begünstigung sind erfüllt. Das Indiz der Rechtswidrigkeit, das damit gegeben ist, kann nur durch Rechtfertigungsgründe widerlegt werden. v. Bar hat nicht nachgewiesen, daß solche hier zur Verfügung stehen. Es würde auch unmöglich sein, einen solchen Nachweis zu führen.

---

[101]) Gesetz und Schuld Bd. 2 S. 745.

Manche[102]) wollen die Straflosigkeit, wenn dies allerdings auch nicht klar zum Ausdruck kommt, wohl mit der Schuldausschließung begründen. Der Begünstigte befinde sich in einer seelischen Zwangslage, in der ihm nicht zuzumuten sei, die Teilnahme an dem strafbaren Verhalten eines anderen zu unterlassen. Wie auch Hegler[103]) zu Recht betont, geht eine solche Annahme zu weit. Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens entfällt nicht. Wie dem Gefangenen nicht die Möglichkeit strafloser Selbstbefreiung, so ist dem Begünstigten nicht die Möglichkeit strafloser Selbstbegünstigung genommen. Kann er aber diesen straflosen Weg wählen, so muß ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er trotzdem einen strafbaren Erfolg verursacht und Dritte strafbar werden läßt. Weil der Begünstigte sich straflos selbst begünstigen darf, liegt eine Zwangslage gar nicht vor. Das Vorwerfbare ist in der Hereinziehung eines Dritten zu sehen. Die Unterlassung dieser Hereinziehung ist mit Rücksicht auf die Möglichkeit strafloser Selbstbegünstigung durchaus zuzumuten.

Die Straflosigkeit könnte daher allein noch durch die Annahme eines persönlichen Strafausschließungsgrundes gerechtfertigt werden. Rechtsgutlehre und Systematik geben hierfür keine Anhaltspunkte. Der tatbestandliche Aufbau des Delikts enthält aber nur insofern einen Hinweis, als sich aus ihm die Straflosigkeit der Selbstbegünstigung als Täterschaft ergibt. Denn für diesen Fall fehlt ein Tatbestand. Nun bezweckt der Anstifter allerdings durch seine Tätigkeit auch eine Selbstbegünstigung. Aber er bedient sich dazu eines Menschen, dessen Verhalten strafbar wird, als Mittels. Es ist schon mehrfach hervorgehoben worden, daß dies keineswegs nebensächlich ist. Denn man darf sich nicht jedes beliebigen Mittels zur Erreichung eines, sei es auch berechtigten Zweckes, bedienen. Das gilt auch hier. Es fragt sich also, ob der Staat das Interesse des Begünstigers an der Vornahme seiner Handlung in der Form der Teilnahme für so bedeutsam hält, daß dahinter der Zweck, dem die Aufstellung der Strafbestimmung des § 257 StGB. dient, völlig zurücktritt. Diese Frage ist zu verneinen. Eine Schutzbestimmung für den Selbstbegünstiger ist gar nicht gegeben. Denn das Verhalten dieser Person ist überhaupt nicht mit einer Vorschrift bedacht. Die Begünstigung enthält aber ein Vergehen gegen allgemeine öffentliche Interessen, nämlich gegen die Rechtspflege[104]). Es kollidieren also hier

[102]) So Geyer, ZStW. 2 S. 318; Gretener, Begünstigung und Hehlerei S. 119; Herzog, GS. 29 S. 164; v. Kries, ZStW. 7 S. 538.

[103]) a. a. O. S. 1601.

[104]) Allgemeine Ansicht, vgl. insbes. Frank I zu § 257 und die dort zitierten Schriftsteller. Richtig auch die systematische Stellung des § 200 im Entwurf 1927.

öffentliche mit privaten Belangen. Daß dem Staat mehr an der Sicherheit der Rechtspflege als daran gelegen ist, daß der Begünstigte sich straflos der Aburteilung entziehen kann, liegt auf der Hand. Das Prinzip der Prävalenz des überwiegenden Interesses[105]) muß wie in den bisherigen Fällen auch hier entscheiden. Ein persönlicher Strafausschließungsgrund kann deshalb auch in keiner Weise vorliegen. Die Straflosigkeit des Begünstigers als Teilnehmers kann also nicht begründet werden, da überwiegende strafwürdige Gesichtspunkte vorhanden sind[106]).

v. Kries[107]) und Vogels[108]) suchen die Ansicht, nach der der Begünstigte als Teilnehmer strafbar ist, als sonderbar hinzustellen. Sie behaupten nämlich, wenn der Vater des A. den B. angestiftet habe, den A. der Strafe zu entziehen, so sei er straflos. Habe aber A. selbst den B. angestiftet, so sei A. nach unserer Ansicht strafbar. Die Prämisse des Urteils, daß der Vater bei Anstiftung Dritter straflos sei, ist unrichtig. Nach § 257 Abs. 2 StGB. ist der Angehörige nur dann straffrei, wenn er selbst den Täter oder Teilnehmer begünstigt. Er macht sich aber ebenso wie der Sohn als Anstifter strafbar, wenn er sich des Dritten als strafbaren Mittels bedient. Denn in diesem Falle kann auch für ihn ein persönlicher Strafausschließungsgrund nicht gerechtfertigt werden. v. Kries und Vogels begehen den Fehler, daß sie für den Vater das als richtig und unbestritten unterstellen, was für ihn ebenso wie für den Sohn zweifelhaft ist und bewiesen werden muß. Ihre Beurteilungsweise leidet also an dem Fehler einer etitipo principii.

In sämtlichen Fällen der vorliegenden Art kommen wir somit zu dem gleichen Ergebnis wie das Reichsgericht. Seine Rechtsprechung ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, weil sie der Lage des einzelnen Falles Rechnung trägt, streng zwischen den nach dem geltenden Recht verschiedenen Bestimmungen der Täterschaft und Teilnahme unterscheidet und nicht mit verallgemeinernden Schlüssen arbeitet. Sie ist in keiner Weise formalistischer Natur, da sie den Zwecken des Gesetzes gerecht wird[109]). Allerdings leidet die Rechtsprechung an einer gewissen Überzeugungsschwäche ihrer Gründe. Denn sie be-

[105]) Vgl. den Text S. 19 f.

[106]) So insbesondere auch das RG. Über die Stellung der Ansichten vgl. die treffliche Zusammenstellung bei Hegler im JW. 1924 S. 1597 ff.

[107]) a. a. O. S. 539.

[108]) a. a. O. S. 63.

[109]) So auch Kern, GS. 92 S. 158.

rücksichtigt niemals, daß hier die Frage zur Behandlung steht, ob dem Teilnehmer Strafausschließungsgründe i. w. S., insbesondere aber persönliche Straffreiheitsgründe zur Seite stehen. Aber daraus ist ihr kein so schwerer Vorwurf zu machen, da sich die Wissenschaft selbst über diese Frage noch keineswegs Klarheit verschafft hat. Die h. M. dagegen berücksichtigt nur die oftmals gar nicht, manchmal nur teilweise begründeten Interessen des Teilnehmers. Ob aber das Interesse dieser Personen an einer Straflosigkeit so weit gehen kann, wie es ihren Ansichten nach berechtigt ist, prüft sie kaum jemals. Sie kann es auch zum Teil gar nicht, weil sie sich durch logische Schlüsse den Weg zu einer solchen Frage verbaut hat.

Wir sahen, daß der Urheber oder Förderer fremder Strafbarkeit nur dann von Strafe befreit sein kann, wenn ihm ein persönlicher Strafausschließungsgrund gewährt wird. Dies ist nur bei einzelnen Delikten der Fall. Der Vorschlag von J. Goldschmidt[110]), daß durch eine Bestimmung die Strafbarkeit des Teilnehmers in den vorliegenden Fällen allgemein ausgeschlossen werden solle, erscheint deshalb bedenklich[111]). Eine solche Bestimmung ist de lege ferenda nicht zu befürworten, da die Einzelfälle verschiedenartig liegen (so die Beamtenbestechung und der Wucher anders als die Gläubigerbegünstigung und die Kuppelei) und die Rechtsprechung zu durchaus haltbaren Ergebnissen führt. Wo dem Teilnehmer ein persönlicher Strafausschließungsgrund gewährt werden soll, ist auch nach Lage der bisherigen Regelung eine besondere Vorschrift gar nicht nötig.

Zweiter Teil.

Die Formen der notwendigen Teilnahme.

§ 5.

Allgemeines.

Die Fälle n. T. sind so zahlreich und liegen in so verschiedenartigen Deliktsgruppen verstreut, daß es erforderlich wird, in dieses Chaos eine Ordnung zu bringen. Freudenthal macht, wie bereits hervorgehoben wurde, den Unterschied zwischen Konvergenz- und Begegnungsdelikten. Praktisch ist eine solche Systematisierung ohne erheblichen Wert. Bedeutsamer scheint es uns zu sein, daß die systematische Ordnung nach Gesichtspunkten erfolgt, die dem sach-

[110]) JW. 1922 S. 252 ff.: Entwurf zu einem Strafgesetzbuch § 31.
[111]) So auch Kern a. a. O.

lichen Gehalt der n. T. mehr entsprechen. Es wurde bereits hervorgehoben, daß die n. T. eine Eigentümlichkeit strafrechtlicher Tatbestände, und zwar eine Art des Mitwirkens bei der Ausführung der Verbrechenshandlung darstellt. Es liegt nun nahe, die Ordnung derart vorzunehmen, daß man die durch gleichartige Tatbestandshandlungen gekennzeichneten Delikte zusammenfaßt.

Durch eine solche Zusammenfassung entsteht zunächst die große Gruppe der „Verbindungsdelikte“[1]) im weiteren Sinne, bei denen die Vereinigung mehrerer Personen zur Begehung eines Verbrechens strafbar ist. Sie zerfällt unter anderem wieder in die Untergruppen der Rotten-, Banden-, Komplott-, Verbindungsdelikte im engeren Sinne und der Delikte mit gemeinschaftlicher Ausführung. Dazu treten noch andere ähnliche Fälle. Hinzu kommt eine weitere große Gruppe von Delikten, die wir als „Geschäftsdelikte“ bezeichnen. Darunter verstehen wir solche Verbrechen, bei denen Vermögensvorteile oder sonstige Vorteile zwischen den notwendig Mitwirkenden ausgetauscht werden, oder bei denen wenigstens eine dieser Personen einen solchen Vorteil erwirbt. Beide Teile werden also in geschäftsmäßig verpflichtender Weise wirksam.

Die bedeutsamste Frage in allen diesen Fällen ist die, inwieweit die technischen Teilnahmevorschriften der §§ 47 ff. StGB. auf die notwendig zusammengehörenden Tätigkeiten anwendbar seien. Jenes Problem kann auch anders dahin gefaßt werden, inwieweit die Tatbestandshandlung in Form der technischen Teilnahme auftreten kann und muß.

Diese Frage ist, solange es ein solches Problem gibt, streitig gewesen[2]) und auch heute noch nicht endgültig zur Klärung gelangt. Eine befriedigende Antwort läßt sich nur geben, wenn man im Sinne des Gesetzes und der Belingschen Typenlehre streng zwischen dem Handeln einer Person in der Tatbestandszone (Täterschaft) und demjenigen in der Außenzone (Teilnehmerschaft) scheidet. Eine Tatbestandshandlung liegt immer dann vor, wenn eine Person diejenige Tätigkeit vornimmt, die zur Ausführung des Verbrechens erforderlich ist und dieses in seiner typischen Eigenart charakterisiert. So ist

[1]) Vgl. dazu Mezger, Vom Sinn der strafrechtl. Tatbestände S. 203.

[2]) Vgl. über die Stellung der Schriftsteller seit Stübel, Der Tatbestand des Verbrechens (1805): Freudenthal a. a. O. S. 5—23. Ein grundlegender Unterschied besteht zwischen ihnen insofern, als die einen, so insbesondere Schütze, v. Buri und Hälschner, die n. T. nur für eine Unterart der technischen Teilnahme, andere, so insbesondere Berner und Geyer, sie als Eigentümlichkeit strafrechtlicher Einzeltatbestände ansehen. Daß die erste Ansicht unhaltbar ist, ergibt sich aus dem Text.

derejnige, der einen anderen „tötet“, wenn er mit Überlegung handelt, Täter des § 211 StGB., wer „falsch schwört“, Täter im Sinne des § 153 StGB. Wir folgen hier der formal-objektiven Täterschafts- und Teilnahmetheorie. Täterschaft liegt hiernach auch dann vor, wenn die Formulierung der Tatbestandstätigkeit [3]) scheinbar einen Hinweis auf die Teilnahmevorschriften enthält. So stellt das Behilflichsein in den §§ 120 und 347 StGB. keineswegs eine Beihilfe im Sinne des § 49, sondern weil es als tatbestandliches Handeln gefaßt ist, immer eine Täterschaft dar. Ebenso ist die Teilnahme an einer verbotenen Verbindung im Sinne der §§ 128, 129 StGB. immer Täterschaft, niemals technische Teilnahme [4]). Ist also im Falle n. T. das begegnende oder konvergierende Zusammenwirken der mehreren Personen für strafbar erklärt, so kann es immer noch fraglich sein, ob dieses in Form der Einzeltäterschaft oder der Mittäterschaft vor sich gehen muß. Denn es ist ein Handeln in der Tatbestandszone, auf die nach geltendem Recht nur die Beurteilungskategorie der „Täterschaft“ oder „Mittäterschaft“, jedoch nicht die Kategorien der „Anstiftung“ oder „Beihilfe“ Anwendung finden, da diese sich nur auf das möglicherweise zur Täterschaft hinzutretende Handeln in der Außenzone beziehen. Diese Erkenntnis wird bei der Beurteilung der einzelnen Gruppen streng festzuhalten sein.

1. Abschnitt.

Die Verbindungsdelikte.

§ 6.

Die Rottendelikte.

Unter diesem Begriff fassen wir solche Verbrechen zusammen, bei denen entweder das Zusammenrotten mehrerer Personen selbst oder ihre Beteiligung an der Zusammenrottung Bestandteil der Tatbestandshandlung ist. Solche Fälle erfordern zur Ausübung des Verbrechens notwendig das Zusammenwirken mehrerer Personen. Sie finden sich im geltenden Strafrecht in den §§ 115, 122, 124, 125

---

[3]) Aber nur die Tatbestandshandlung, nicht auch eine sonstige Tätigkeit.

[4]) Seit Beling, L. v. V. sollte dies unbestritten sein. Vgl. aber z. B. Freudenthal S. 137 ff. bzgl. § 115 StGB., wo dieses Ergebnis noch aus der Entstehungsgeschichte eines Einzelfalles statt aus der Tatbestandslehre hergeleitet wird. Richtig RG. in Rspr. 8 S. 363; JW. 1886 S. 255 N. 14.

StGB., 106 MStGB. Die Tatbestandshandlung ist in allen diesen Fällen eine mehraktige, allerdings nicht in dem Sinne, daß der an der Rotte Beteiligte auch die andere Handlung ausgeführt haben muß[1]). So erfordern die §§ 122, 124, 125 StGB. und § 106 MStGB. die Zusammenrottung und die Ausführung von Angriff, Gewalttätigkeit, Nötigung oder Widerstandshandlung mit vereinten Kräften. Sachlich das gleiche gilt bezüglich des § 115 StGB., der scheinbar anders als die vorgenannten Delikte die Teilnahme an der Zusammenrottung, bei welchen Handlungen jener Art mit vereinten Kräften begangen werden, erfordert. Die Begehung solcher Handlungen stellt in diesem Falle keineswegs bloß eine Strafbarkeitsbedingung bezüglich der Rottentätigkeit dar[2]). Denn das Leisten von Widerstand und dergleichen unter der Voraussetzung der Zusammenrottung erscheint gerade als das, was die Verwerflichkeit der Tat charakterisiert[3]). Sie ist also Voraussetzung des Verbrechens, und zwar mit der Zusammenrottung insgesamt[4]).

Im Zusammenhang der hier gestellten Frage ist zu untersuchen, ob die Rottentätigkeit und die Verübung der Widersätzlichkeit und dergleichen in dem Verhältnis der Mittäterschaft nach § 47 notwendig stehen müssen, damit eine Bestrafung der notwendig Beteiligten erfolgen kann. Diese Frage ist streng von der anderen zu unterscheiden, ob im Einzelfalle Mittäterschaft tatsächlich gegeben ist.

Das Problem mag in bezug auf den Aufruhr (§ 115 StGB.) behandelt werden. Was zunächst das Zusammenrotten betrifft, so ist die „Teilnahme" an der Rotte nicht technische Beteiligung nach §§ 47 ff. StGB.[5]). Der Ausdruck bedeutet hier nichts anderes als das farblosere Wort „Beteiligung" oder „Mitwirken". Es soll damit eine räumliche Beziehung des Teilnehmers zu der Rotte gefordert werden[6]). Unter „Rotte" ist aber die Vereinigung mehrerer Personen, die ihre vereinten Kräfte zu einem verwerflichen Zweck gebrauchen wollen, wie Heilborn[7]) treffend ausführt, zu verstehen.

---

[1]) So richtig Frank II, 4 zu § 115.

[2]) Richtig Freudenthal a. a. O. S. 138 und M. E. Meyer, V.D.B.T. 1 S. 473.

[3]) Vgl. dazu Rittler, Österr. ZStW. 8 S. 347.

[4]) Die Zusammenrottung allein ist nicht die strafbare Handlung. So richtig M. E. Mayer a. a. O. S. 468.

[5]) So richtig Freudenthal a. a. O. S. 137 ff.; Frank II, 3; Schlesinger, Der Aufruhr S. 59; Olshausen-v. Lorenz N. 4 zu § 115. Aus der umfangreichen Rechtsprechung vgl. RGE. 54 S. 300 f.

[6]) Heilborn, ZStW. 18 S. 172 f.; vgl. auch Schlesinger a. a. O. S. 59 f., 61; Olshausen-v. Lorenz N. 1 a.

[7]) a. a. O. S. 176. Dabei ist nicht notwendig, daß alle Beteiligten

Aus dem Schuldprinzip folgt, daß der einzelne an der Rotte Beteiligte allerdings nur dann haftbar gemacht werden kann, wenn er den Zweck der Rotte kennt und unter Billigung ihres Verhaltens sich ihr anschließt, so daß objektiv dadurch eine Verstärkung der von ihr drohenden Gefahr eintritt [8]).

Müssen nun die Teilnehmer an der Rotte, bei denen diese Voraussetzungen erfüllt sind, in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken die Zusammenrottung ausführen, also als Mittäter handeln? Die Frage ist für sämtliche Rottendelikte die gleiche. Sie hat insbesondere eine neue Beleuchtung durch die Erkenntnis erhalten, daß die strafrechtlichen Tatbestände von Wertelementen [9]) durchsetzt sind. Solche liegen auch dann vor, wenn das Handeln mehrerer Personen zweckhaft auf einen Erfolg zustrebt, sei es nun, daß ihm ein objektiver, der Vereinigung innewohnender, oder aber ein subjektiver, von dem Täter aus gedachter Sinn zugrunde liegt. Das erste trifft auf die Rottendelikte zu. Braucht in diesem Falle nur ein objektiv zweckhaftes, nicht auch ein subjektiv zweckhaftes, d. h. einverständliches Handeln vorzuliegen, so ist die Qualifikation der Handlung als Mittäterschaft in keiner Weise notwendig.

Freudenthal [10]) kommt zu dem gleichen Ergebnis. Er führt aus, daß objektiv eine Zusammenrottung auch dann vorliege, wenn ein Zurechnungsfähiger mit einer Gruppe Unzurechnungsfähiger zu verbrecherischem und verwerflichem Zweck sich zusammentue. Der Zweck der Vorschrift, die einen Schärfungsgrund der §§ 113, 114 StGB. enthalte, sei, die kriminell erhöhte Gefährlichkeit der Widerstandshandlungen und dergleichen zu treffen. Diese sei gegeben, wenn das Delikt von mehreren in einer Rotte ausgeführt werde. Die Beweisführung begegnet keinen Bedenken, da auch ein Unzurechnungsfähiger im Sinne des Gesetzes, z. B. ein Geisteskranker oder Kinder unter 14 Jahren bewußt handeln können. Bei Geisteskranken ist dies durchaus möglich, wie die Psychologie lehrt [11]). Auch wird sich nicht leugnen lassen, daß der Grund der Sondervorschriften über die Rottendelikte in ihrer erhöhten Gefährlichkeit liegt [12]). Mittäterschaft ist sonach bezüglich der Teilnahme an der Zusammen-

---

sich auch subjektiv dies vorgesetzt haben müssen. Es genügt, daß objektiv der Rotte ein Zweck innewohnt. Vgl. Mezger, Vom Sinn, a. a. O. S. 204.

[8]) Zu weit geht das RG. hier, das oft auch bloß neugieriges Dabeistehen bei der Rotte genügen läßt. Vgl. z. B. RG. in L. Z. 1920 S. 169 Nr. 2.

[9]) Vgl. u. a. Mezger a. a. O.

[10]) a. a. O. S. 130 f., 133.

[11]) Vgl. S. 72 und N. 9 daselbst.

[12]) Vgl. Frank I zu § 115.

rottung oder des Zusammenrottens selbst in keinem Falle erforderlich[13]). Besteht die Rotte allerdings aus lauter Unzurechnungsfähigen, so kann eine Haftung überhaupt nicht eintreten. Soll einer, allerdings auch auf Grund der Schärfungsvorschrift strafbar werden, so muß er vorsätzlich handeln.

Neuerdings hat Freudenthal[14]) unter Zuhilfenahme des allgemeinen Tatbestandes als technischen Hilfsmittels das zur Behandlung stehende Problem einer nochmaligen Untersuchung unterzogen. Er kommt zu denselben Ergebnissen wie in seiner „Notwendigen Teilnahme". Die Zusammenfassung derjenigen Verbrechensmerkmale, die bei allen Delikten gegeben sein müssen, wenn Strafe eintreten soll, ist möglich. Man muß sich nur hüten, diesen „allgemeinen" Tatbestand mit dem besonderen, dem „Typus" im Sinne Belings zu verwechseln. Hält man diese beiden Begriffe streng auseinander, so begegnet die Verwendung des Begriffs „allgemeiner Tatbestand" als technischen Hilfsmittels rein logisch keinen Bedenken. Es fragt sich nur, ob er tatsächlich irgendwelchen Erkenntniswert hat. Nach Freudenthal beruht der Wert des allgemeinen Tatbestands darin, daß er für die Frage der Bestrafung auf jeden von mehreren Mitwirkenden besonders anzuwenden sei. Es sei ein Mittel zur Prüfung, ob dieser Beschuldigte A. ein Verbrechen begangen habe und deswegen zu bestrafen sei[15]), namentlich auch dafür, ob dieser Beschuldigte schuldhaft gehandelt habe. Bei Ausführung der Tat durch mehrere brauche die Schuld als allgemeines Tatbestandsmerkmal zur Bestrafung dieses Täters A. nur in seiner Person, nicht auch in der des B. und C. usw. vorzuliegen. Den A. gehe bezüglich der Bestrafung die technische Schuld des B. und C. nichts an. Die Anwendbarkeit dieses Satzes wird namentlich an Fällen n. T.[16]) erörtert.

Wie auch Freudenthal selbst zugibt[17]), ist dieses Ergebnis keineswegs neu. Dies liegt eben daran, daß man mit der Anwendung der besonderen Verbrechensmerkmale (Typus, Rechtswidrigkeit, Schuld) auf die Einzelfälle zu demselben Ziele gelangt. Aufgabe der rechtlichen Subsumtion ist es ja gerade festzustellen, ob für einen bestimmten Sachverhalt diese Elemente zutreffen. Des „allgemeinen

---

[13]) So auch bezügl. § 115: Ebermayer A. 2 im Leipz. Komm.; Freudenthal a. a. O. S. 138; denselben, ZStW. 48 S. 293 f., S. 299; RGE. 58 S. 207 ff. bzgl. § 125.

[14]) ZStW. 48 S. 290 ff.

[15]) a. a. O. S. 291.

[16]) a. a. O. S. 293 ff.

[17]) a. a. O. S. 290.

Tatbestandes" als methodischen Hilfsmittels bedarf es daher zur Prüfung der vorliegenden Fragen nicht.

Als weitere Frage ergibt sich die folgende. Muß das Handeln mit vereinten Kräften in der Form der Mittäterschaft erfolgen? Das Gesetz erfordert eine Begehung der Tatbestandshandlung. In der Wissenschaft ist man sich nicht einig, ob dies eine gemeinschaftliche Ausführung im Sinne des § 47 StGB. sein muß. Dies verlangen die einen [18]). Andere fordern nur ein objektiv gemeinschaftliches Zusammenwirken ohne schuldhafte Ausführung [19]). Manche [20]) halten weder in objektiver noch subjektiver Hinsicht die Voraussetzungen einer Mittäterschaft für notwendig. Schließlich meinen einige [21]), die Tätigkeit eines Täters und eines Gehilfen genüge den Erfordernissen der Begehung mit vereinten Kräften.

Die letzte Ansicht verstößt gegen die Grundsätze der Tatbestandslehre. Das „Begehen" muß als tatbestandsmäßige Ausführungshandung immer der Täterschaft entsprechen. Beihilfe in Form der Begehung ist nicht möglich, da die Kategorie der Beihilfe nur auf die Handlungen der Außenzone anwendbar ist. Jedoch ist eine Teilnahme an der Tatbestandshandlung möglich [22]).

Eine andere Frage ist die, ob eine objektiv bloß fördernde Tätigkeit auch als Begehung der Tat aufgefaßt werden kann. Begehen zwei Personen einer Rotte, von denen eine einen Stein, den die andere ihm gereicht hat, auf einen Beamten wirft, die Widerstandshandlung mit vereinten Kräften? Zwar liegt eine Kräftevereinigung vor. Aber als Begehung wird doch nur die Ausführung [23]) der Widerstandshandlung selbst angesehen werden können. Die andere Tätigkeit ist nur eine Förderung des Widerstandes. Es wird aber die Begehung, da sie mit vereinten Kräften zu erfolgen hat, in objektiver Beziehung nicht nur eine Ausführung, sondern eine gemeinschaftliche Ausführung im Sinne des § 47 StGB. ent-

---

[18]) So Binding, Lehrb. Bd. 2 S. 813; Frank II, 4 zu § 215; John in Holtzend. Hdb. Bd. 3 S. 130.

[19]) Finger, Lehrb. Bd. 1 S. 333 u. 334 Anm. 224; Freudenthal, Notw. Teiln. S. 127 u. 136; derselbe, ZStW. 48 S. 294; M. E. Mayer a. a. O. S. 471 Anm. 2.

[20]) Vgl. die bei Olshausen-v. Lorenz N. 3c zu § 115 Zitierten; ferner Schlesinger a. a. O. S. 56, besonders aber RG. in E. 20 S. 303, 30 S. 391.

[21]) Daniel, Mittäterschaft, gemeinsch. Begehung und Begehung mit vereinten Kräften S. 116; Hälschner, Gem. d. Strafr. Bd. 2 S. 824; Schwartz N. 3 zu § 115.

[22]) Vgl. Olshausen-v. Lorenz N. 8 zu § 115.

[23]) So mit Recht Freudenthal a. a. O. S. 136 im Hinblick auf §§ 47, 48 u. 49 StGB.

halten müssen. Abgelehnt wird damit diejenige Ansicht, die die gemeinschaftliche Ausführung in objektiver Beziehung nicht für erforderlich hält. Unrichtig ist es auch, wenn zur Begehung des Widerstandes Mittäterschaft in Form des § 47 gefordert wird. Es gilt hier dasselbe wie bezüglich der Zusammenrottung (vgl. S. 56 f).

Das gleiche wie bei § 115 StGB. trifft auch auf die §§ 122 (Gefangenenmeuterei) 124 (Heimsuchung), 125 (Landfriedensbruch) StGB. und § 106 MStGB. (militärischer Aufruhr) zu.

Es ist also Mittäterschaft weder bei der Zusammenrottungstätigkeit der Gefangenen und der von ihnen mit vereinten Kräften begangenen Nötigung oder der Widerstandshandlung[24]), noch bei der öffentlichen Zusammenrottung der Menge und dem widerrechtlichen Eindringen bei § 124[25]) noch bei den Tätigkeiten des Landfriedensbruchs[26]) noch bei der Rottenbildung und dem Unternehmen, sich mit vereinten Kräften dem Vorgesetzten zu widersetzen, bei § 106 MStGB.[27]) notwendig.

Die Rottendelikte erfordern also nicht notwendig die Begehung der Verbrechenshandlung in Form der Mittäterschaft. Es genügt das vorsätzliche Handeln einer Person, wenn alle die Tatbestandsmerkmale in objektiver Hinsicht erfüllen.

Von der hier behandelten Frage ist die andere streng zu unterscheiden, ob im Einzelfall Mittäterschaft vorliegt. Diese kann nur nach Lage des konkreten Sachverhaltes beantwortet werden.

§ 7.

Die Delikte mit gemeinschaftlicher Ausführung als Schärfungsgrund.

Bei einer Reihe von Verbrechen tritt die gemeinschaftliche Begehung einer Handlung als Strafschärfungsgrund auf. Man hat es dann mit einem Fall n. T. zu tun. Denn es ist zur Ausführung der aus dem Grunddelikt übernommenen Tatbestandshandlung das Mitwirken mehrerer Personen notwendig. Solche Bestimmungen finden sich in §§ 119, 123 Abs. 2, 223 a, 293 StGB. und in §§ 101 u.

---

[24]) Die Kommentare und Lehrbücher verweisen auf § 115. A. M. als hier noch Hofmann a. a. O. S. 85.

[25]) Vgl. N. 24. Außer den Zitierten: v. Hippel, V.D.B.T. 2 S. 9. Dieser fordert bewußtes Zusammenwirken der Mehrheit.

[26]) Vgl. N. 24. Es ist hier zu beachten, daß die Teilnahme an der Zusammenrottung allein die strafbare Handlung ist. Die Begehung der Gewalttätigkeit ist bloß objektive Bedingung der Strafbarkeit. So richtig Frank II, 2; Freudenthal a. a. O. S. 139 f. Vgl. zu der Frage der Mittäterschaft noch Ebermayer im Leipz. Komm. N. 1.

[27]) So auch M. E. Mayer, V.D.B.T. 1 S. 474.

105 SeemO. vom 2. 6. 1902. Die Entwürfe 1925 und 1927 räumen zu Recht mit der Kasuistik der Schärfungsgründe des geltenden Strafrechts auf. So lassen sie auch den Grund der gemeinschaftlichen Begehung fallen.

Was bedeutet nun „gemeinschaftliche Begehung“ durch mehrere in den vorliegenden Fällen? Die h. L.[1]) faßt diesen Begriff durchaus als gemeinschaftliche Ausführung im Sinne des § 47. In der Tat scheint ein Hinweis auf die Anwendung der Vorschriften über Mittäterschaft gegeben zu sein. Besteht doch sprachlich eine gewisse Übereinstimmung zwischen der Fassung der vorliegenden Fälle und der Mittäterschaft insofern, als hier gemeinschaftliche „Ausführung“, dort gemeinschaftliche „Begehung“ gefordert wird. Aber diese Übereinstimmung ist nur äußerer Art. Es scheinen allerdings auch sachliche Gründe für die Annahme zu sprechen, daß die gemeinschaftliche Begehung nichts anderes als eine Mittäterschaft enthält. Neuerdings hat die Erkenntnis, daß die strafrechtlichen Tatbestände im weiten Umfang Wertungselemente enthalten, das zur Behandlung stehende Problem von einer anderen Seite beleuchtet. Die Fälle gemeinschaftlicher Begehung sind mit Mezger[2]) zu den Verbrechen zu rechnen, bei denen ein „bestimmter subjektiver Sinn (vom Standpunkt des Täters aus gesprochen) für die Strafbarkeit des einzelnen Beteiligten wesentlich ist“. Der subjektive Sinn findet seine Erfüllung in dem von den einzelnen Beteiligten vorgesetzten Ziel der gemeinschaftlichen Begehung des Verbrechens. Mezger meint deshalb, es sei in den vorliegenden Fällen Mittäterschaft erforderlich. Gegen diese Auffassung sind jedoch Bedenken geltend zu machen. Ein vom Standpunkt des Täters aus sinnerfülltes Handeln würde auch dann gegeben sein, wenn die tätig werdenden Personen für ihr Verhalten nicht verantwortlich gemacht werden können. So ist es denkbar, daß eine Rotte 13 jähriger Schüler mit einem sie anführenden 25 jährigen Vagabunden durchaus in subjektiv-zweckerfüllter Weise tätig wird, indem sie gemeinschaftlich in die Wohnung einer mißliebigen Person eindringen und dort Unfug treiben. In diesem Falle handeln auch die Schüler zweckerfüllt, mag auch nur der Vagabund wegen seines Verhaltens zur Verantwortung gezogen werden können. Ein subjektiv-sinnerfülltes Handeln braucht noch keineswegs zurechenbar zu sein.

---

[1]) Über die Literatur vgl. Olshausen-Niethammer N. 8 zu § 47; Olshausen-v. Lorenz N. 2 zu § 119, N. 23 zu § 123, N. 8 zu § 223 a; Olshausen-Gutjahr N. 4 d zu § 293.

[2]) a. a. O. S. 204.

Gegen die Annahme, daß die gemeinschaftliche Begehung in Form der Mittäterschaft stattfinden müsse, sprechen verschiedene Umstände. Es ist zunächst auffallend, daß trotz der teilweisen Übereinstimmung der Formulierung die Delikte der zur Behandlung stehenden Art nicht eine gemeinschaftliche Ausführung, wie dies in § 47 StGB. der Fall ist, sondern eine gemeinschaftliche Begehung erfordern. Wenn die Schärfung an das Erfordernis der Mittäterschaft geknüpft werden sollte, so hätte dies leicht durch eine mit § 47 völlig übereinstimmende Fassung zum Ausdruck gebracht werden können. Immerhin könnte hier eine Nachlässigkeit des Gesetzgebers vorliegen, wenn sonst keine Gründe gegen die Annahme einer Mittäterschaft sprächen. Jedoch ist zu beachten, daß in allen diesen Fällen die gemeinschaftliche Begehung als Ausführungshandlung erscheint.

Nun findet sich aber, worauf Freudenthal[3]) hinweist, bereits früher in Landesgesetzen, so auch im preuß. StGB., das für die Entstehung des RStGB. von bedeutendem Einfluß gewesen ist, der Begriff der gemeinschaftlichen Begehung, ehe diesen Gesetzen noch ein Mittäterschaftsbegriff bekannt war, und zwar in allen Fällen als Schärfungsgrund. Es liegt auf der Hand, daß ein solcher Umstand gegen die Annahme spricht, bei den vorliegenden Delikten sei die gemeinschaftliche Begehung nichts anderes als Mittäterschaft.

Insbesondere aber ergeben sich gegen eine solche Annahme Bedenken aus der Zweckbestimmung der Schärfungsfälle. Das Gesetz steht auf dem Standpunkt, daß eine strafbare Handlung, die von mehreren gemeinsam begangen wird, in allgemeiner Weise eine erhöhte Gefahr für die Rechtsordnung enthält als diejenige, die nur von einer Person ausgeführt ist. Der Gefahrbegriff ist aber auf rein objektive Momente zu begründen. Gefahr ist die Inbeziehungsetzung eines in der Außenwelt bestehenden Zustandes zu einem anderen Ereignis, dessen Eintritt zu befürchten ist. Es handelt sich bei diesem Inbeziehungsetzen, das auf Grund aller erkennbaren Umstände zu erfolgen hat, um „kognitive Wahrscheinlichkeit“[4]) des Erfolges. Während nun in der Regel im Einzelfall auf die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts aus den vorhandenen und

[3]) a. a. O. S. 165.

[4]) Mezger, Vom Sinn, a. a. O. S. 37 unter zutreffender Kritik an der häufig, so von Frank I, 1 b zu § 1 und anderen daselbst zitierten gebrauchten Wendung, daß auch ein regelwidriger Zustand und besondere Sachkunde des Beurteilers zum Gefahrbegriff gehöre. Da es sich um kognitive Wahrscheinlichkeit handle, sei die Vermengung mit Wertelementen unzulässig. Zustimmend v. Liszt-Schmidt S. 155 und N. 7 daselbst.

erkennbaren Umständen zu schließen ist, fällt dies in einer Reihe von Fällen, in denen das Gesetz diese Wahrscheinlichkeit ein für allemal vermutet, weg. Hier ist abstrakte präsumierte Gefährlichkeit der Grund dafür, daß allgemein für die in Form der gemeinschaftlichen Begehung auftretenden Handlungen bei den in Frage kommenden Delikten eine erhöhte Strafe angedroht ist [5]). Nun erfüllen aber im Hinblick auf den objektiven Tatbestand des Verbrechens auch die Tätigkeiten mehrerer Unzurechnungsfähiger, die mit einem Zurechnungsfähigen zusammen die Tat gemeinschaftlich begangen haben, die Voraussetzung der Verbrechenshandlung. Es wird ferner nicht zu bestreiten sein, daß das Verhalten dieser Personen in genau der gleichen Weise abstrakt gefährlich, im Einzelfalle vielleicht noch gefährlicher ist als das von lauter Zurechnungsfähigen. Denn das Vorhandensein und die Größe einer Gefahr hängt nicht davon ab, daß diese durch einen schuldhaften Willen hervorgerufen wird. Es ist hier streng zwischen der Gefährlichkeit einer Handlung als einem durchaus objektiven Tatelement und der Zurechenbarkeit als subjektiver Verbrechensvoraussetzung zu unterscheiden.

Die Bestimmung des § 47 StGB. verfolgt auch einen ganz anderen Zweck als die Schärfungsfälle der gemeinsamen Begehung [6]). Es sollen hiernach mehrere, die einen Erfolg gemeinsam herbeigeführt haben, für diesen in vollem Umfange gemeinsam haften. Jedem soll nicht nur sein isolierter Tatanteil, sondern die ganze Tat mit sämtlichen Anteilen A + B + C usw. zugerechnet werden.

Aus dem Grundsatze des Strafrechts, daß nur die schuldhafte Handlung der Strafe unterliegen soll, lassen sich ebenfalls keine Schlüsse ziehen. Denn jener Grundsatz besagt weiter nichts, als daß bei mangelnder Schuld für eine Handlung Strafe nicht eintreten kann. Er enthält aber nichts darüber, ob bei gewissen Delikten außer einer Person noch eine weitere Person schuldhaft handeln müsse, damit eine Strafschärfung eintreten könne.

Es ist aus diesen Gründen Mittäterschaft in den Fällen gemeinschaftlicher Begehung nicht für notwendig zu halten. Es genügt in objektiver Hinsicht eine gemeinschaftliche Ausführung, in subjektiver das schuldhafte Verhalten einer Person zu deren Haftbarkeit [7]).

---

[5]) So namentlich Freudenthal a. a. O. S. 172.

[6]) Hierauf weist auch mit Recht Freudenthal a. a. O. S. 170 hin; vgl. aber namentlich Frank I zu § 47.

[7]) Wissenschaft und Rechtsprechung halten in fast einmütiger Geschlossenheit Mittäterschaft für notwendig.

So allgemein: Finger, Lehrb. S. 342 N. 437; Frank zu § 119; IV, 2 zu § 123, II, 3 zu § 223 a, II, 5 zu § 293, allerdings im Widerspruch

Diese Ansicht führt zu dem durchaus praktischen Ergebnis, daß sie die abstrakt gefährlichen Handlungen restlos trifft, und zwar auch da, wo nur ein verantwortlich Handelnder sich unter den notwendig Beteiligten befindet. Sie steht auch theoretisch weder zu dem Schuldprinzip noch zu der Tatbestandslehre und auch nicht zu dem Zweck der Vorschrift, die kriminell erhöht gefährliche Handlung wirksam zu treffen, in Widerspruch.

§ 8.

Die Bandendelikte.

Wir verstehen unter diesem Begriff solche Delikte, bei denen das Mitwirken mehrerer zur fortgesetzten Begehung der Tat einen

---

zu III a. E. zu § 47, wo Mittäterschaft nicht für erforderlich gehalten wird; Herbst in GoltdArch. 28 S. 123; v. Liszt-Schmidt S. 324; Olshausen-Niethammer N. 8 zu § 47; Thomsen, Lehrb. S. 145.

Zu den Einzelfällen:

§ 119: Ebermayer im Leipz. Komm. N. 2; Oppenhoff-Delius N. 2; Rüdorff-Stenglein N. 1; Schwartz N. 1.

§ 123 Abs. 2: Ebermayer im Leipz. Komm. N. 6; Meyer-Allfeld S. 404; Olshausen-v. Lorenz N. 23; Oppenhoff-Delius N. 27; v. Schwarze N. 18; Schwartz N. 7 b; RGE 3 S. 7 f., 7 S. 395, 55 S. 61; Rspr. 2 S. 308; RMGE. 12 S. 121; preuß. Obertrib. in JW. 1874 S. 24; RG. in JW. 1881 S. 6; OLG. München in DJZ. 1906 S. 365 f.; RG. im Recht 1902 S. 216 N. 1070; preuß. Obertrib. in GoltdArch. 21 S. 492, 25 S. 210. Mittäterschaft hält hier im Gegensatz zu § 119 nicht für notwendig Rüdorff-Stenglein N. 21.

§ 223 a: Ebermayer im Leipz. Komm. N. 5; Gerland, Lehrb. S. 369; Olshausen-v. Lorenz N. 8; Oppenhoff-Delius N. 5; Schwartz N. 4; Wachenfeld, Lehrb. § 89 II, 1 b; RGE. 5 S. 306, 21 S. 267, 23 S. 196, 26 S. 345 ff., 28 S. 245, 44 S. 323; Rspr. 1 S. 742, 4 S. 666 u. 715, 8 S. 347 f.; RMGE. 5 S. 153, 7 S. 198, 16 S. 192 f.; RG. in JW. 1880 S. 133 f., 1889 S. 393, 1890 S. 399 u. 428, 1892 S. 405 N. 1, 1894 S. 600 N. 11; LZ. 1921 S. 180 N. 2, 1925 S. 213 N. 4; OLG. Dresden daselbst 1926 S. 502 N. 1; Recht 1903 S. 23 N. 143, 1925 S. 331 N. 1062. Mittäterschaft ist nicht nötig nach Meyer-Allfeld S. 460; Rüdorff-Stenglein N. 6; v. Schwarze N. 4.

§ 293: Ebermayer im Leipz. Komm. N. 8; Binding, Lehrb. Bd. 2 S. 331; Meyer-Allfeld S. 460; Olshausen-Gutjahr N. 4 d; Rüdorff-Stenglein (!) N. 6; Schwartz N. 2 e; RGE. 4 S. 262, 17 S. 413; Rspr. 3 S. 409, 8 S. 546; JW. 1881 S. 166, 1886 S. 457, 1889 S. 114 N. 27; OLG. Braunschweig in DJZ. 1906 S. 92; OLG. Hamburg in GoltdArch. 44 S. 402 f.; OLG. Darmstadt daselbst S. 403; RG. daselbst 54 S. 480 f.

Nur wenige halten Mittäterschaft allgemein nicht für erforderlich: So Freudenthal a. a. O. S. 127, 152 ff., 165, 179, 183; derselbe, ZStW. 48 S. 293 ff.; Daniel a. a. O. S. 45 ff., bes. S. 63 (gegen ihn siehe den Text S. 59 u. N. 24); Binding, Lehrb. Bd. 2 S. 48, 125 (siehe aber zu § 293!); Hälschner a. a. O. Bd. 2, 1 S. 97; Köhler, Lehrb. S. 520; Stumpf, GS. 73 S. 341.

Strafschärfungsgrund bildet. Das geltende Recht kennt nur Einzelfälle. So bestraft § 243 Nr. 6 den Bandendiebstahl, § 250 Nr. 2 StGB. den Bandenraub, § 135 Abs. 2 MStGB. das bandenmäßige Marodieren und § 146 VereinszollG. die bandenmäßige Zolldefraude. Der Entwurf 1927 beseitigt die Einzelbestimmungen, soweit sie dem StGB. angehören, und fügt im 13. Abschnitt des Besonderen Teils unter dem Titel „Vorbereitung strafbarer Handlungen“ in § 198 eine allgemeine Bandenbestimmung ein. Da jedoch nach dem Entwurf 1927 in der Unterscheidung zwischen Täterschaft als Handeln in der Innenzone und Teilnahme als Handeln in der Außenzone keine Änderung eintritt[1]), so treffen die im folgenden zu machenden Ausführungen auch auf die allgemeine Bandenbestimmung des neuen Rechts zu.

Sämtliche Einzelfälle des geltenden Rechts sind Delikte mit n. T., da bei ihnen das Mitwirken mehrerer Personen zur Vornahme der Tatbestandshandlung erforderlich ist.

Die Frage, inwieweit die Vorschriften über technische Teilnahme auf die n. T. anwendbar seien, ist in den vorliegenden Fällen auf die gleiche Weise wie bei den Rottendelikten zu beantworten. Die bandenmäßige Tätigkeit selbst kann niemals unter dem Gesichtspunkt der echten Teilnahme nach §§ 48, 49 StGB. beurteilt werden. Wer in verbrechenserfüllender Weise mitwirkt, ist Täter, und wer mit mehreren im bewußten und gewollten Zusammenwirken die Tat gemeinschaftlich ausführt, ist Mittäter.

Das Gesetz verlangt zur Ausführung des Bandendelikts entweder die Mitwirkung mehrerer (§§ 243 Nr. 6, 250 Nr. 2 StGB.) oder die Begehung (§ 135 Abs. 2 MStGB.) oder die Ausübung durch mehrere (§ 146 VereinszollG.). Ist damit irgendein technisches Beteiligungsverhältnis gefordert? Die Meinungen sind geteilt. Einige halten Mittäterschaft für notwendig[2]). Nach Ansicht anderer können die Mitwirkenden Mittäter, Täter oder Gehilfen sein[3]). Jede Art der Teilnahme soll nach einigen anderen möglich sein[4]).

Der Begriff der Mitwirkung ist gegenüber dem der Ausführung in § 47 StGB. der viel weitere. „Ausführung“ ist eine auf die Tat-

---

[1]) Vgl. Entwurf 1927 1. Buch Allgem. Teil 4. Abschnitt.

[2]) So z. B. Meyer, Lehrbuch 5. Aufl. S. 562; v. Liszt-Schmidt S. 324 N. 16.

[3]) So Oppenhoff-Delius N. 6 zu § 243; Rüdorff-Stenglein N. 32 zu § 243; Schütze, Lehrbuch S. 435.

[4]) So nach Hälschner, Gem. d. Strafr. Bd. 2, 1 S. 330; v. Liszt-Schmidt S. 625; Merkel in Holtzend. Hbd. Bd. 3 S. 683; Schwartz N. 25 zu § 243. Die Schriftsteller zu N. 3 u. 4 fassen richtig fast alle den Begriff „Teilnahme“ rein tatsächlich, nicht technisch-juristisch.

bestandshandlung bezogene Tätigkeit. Es ist die Haupttätigkeit, durch die das Verbrechen als typenmäßiges Verhalten selbst existent wird. Eine Mitwirkung kann jedoch rein sprachlich jede auch bloße Nebentätigkeit, z. B. das Fördern, Bestimmen sein. Es ist also auch eine Tätigkeit, die sich sonst als technische Teilnahme, Anstiftung oder Beihilfe darstellen würde, Mitwirkung an der Bande. Die Mitwirkung selbst aber ist Tatbestandshandlung und damit Täterschaft. Es sind also hier auch die bloßen Nebenhandlungen zur Täterschaft erhoben.

Der Grund dafür liegt, wie Freudenthal [5]) mit Recht annimmt, in folgendem. Das Gesetz hält die Verbindung der mehreren zur fortgesetzten Begehung von bestimmten Verbrechen für so wesentlich, daß es ihm auf die Tätigkeit eines Genossen im Einzelfalle nicht mehr ankommt. Der in der Bande Mitwirkende, mag er auch bloß Nebenhandlungen vornehmen, ist also Täter [6]).

Müssen nun die mehreren notwendig Beteiligten auch unbedingt Mittäter sein? Die gleichen Gründe wie bei den vorhergehenden Gruppen sprechen auch hier gegen eine solche Annahme. Insbesondere liegt der Grund der Strafschärfung in der erhöhten Gefahr der Handlung, die aber nicht davon abhängt, ob die mehreren einverständlich und schuldhaft gehandelt haben. Es hat also hier das gleiche zu gelten wie bei den Rottendelikten. Mittäterschaft ist bezüglich der korrespondierenden Tätigkeiten zwar möglich, aber keineswegs notwendig [7]).

Können nun die Bandenmitglieder auch selber immer nur Täter oder Mittäter, niemals aber Teilnehmer sein, so ist doch die Frage, ob solche, die der Bande nicht als Mitglieder angehören, sich in technischer Weise an der Begehung der Bandendelikte beteiligen können. Dies ist zu bejahen [8]). Das Nichtmitglied hat sich nicht

---

[5]) a. a. O. S. 155.

[6]) Richtig Freudenthal a. a. O. S. 157. Wohl auch: Frank VII zu Nr. 6; Lobe im Leipz. Komm. N. 6; Meyer-Allfeld S. 451; Olshausen-Gutjahr N. 48 zu § 243. Sehr gut RMGE. 15 S. 203 f.: Jede Art der Beteiligung an der Ausführung der Tat genüge. So im Ergebnis auch die Rechtsprechung des RG.: Vgl. E. 9 S. 296 f., 25 S. 421 f., 47 S. 341, 56 S. 90; Rspr. 6 S. 644 ff.; LZ. 1925 S. 47; JW. 1884 S. 278; Recht 1913 N. 1234. Richtig führen RGE. in LZ. und JW. a. a. O. aus, daß auch die mithelfenden Bandenmitglieder als Mittäter strafbar werden.

[7]) Vgl. dazu die S. 64 und 65 zitierten Schriftsteller und Entscheidungen. Mittäterschaft hält außerdem nicht für erforderlich Binding, Lehrb. Bd. 2 S. 304.

[8]) Wie hier Lobe im Leipz. Komm. N. 6 zu § 243; Freudenthal a. a. O. S. 156; Olshausen-Gutjahr N. 48.

zur fortgesetzten Begehung von Bandendelikten mitverpflichtet, es ist also nicht Mitwirkender. Die Grundsätze über technische Teilnahme sind aber durch die bei den einzelnen Bandendelikten getroffene Regelung nur insoweit ausgeschlossen, als das Bandenmitglied bloß teilnehmend mitwirkt. Ein Nichtmitglied kann aber nicht Täter sein[9].

Etwas anders als das StGB. faßt § 135 MStGB. den Schärfungsgrund der Bandenbegehung. Er erfordert die Begehung durch mehrere. Es wurde bereits bei den Rottendelikten ausgeführt, daß unter den Begriff der Begehung niemals bloße Neben-, sondern immer nur Ausführungshandlungen zu verstehen sind (vgl. S. 58). Es ist aber in diesem Falle auch nicht bloß eine objektive Mittäterschaft erforderlich. Denn ein Handeln mit vereinten Kräften wie bei den Rottendelikten oder eine gemeinschaftliche Ausführung verlangt das Gesetz nicht. Der Sachverhalt liegt nun allerdings genau wie bei den Bandenbestimmungen des StGB. Jedoch weicht er insofern ab, als hier bloße Nebenhandlungen nicht genügen. Mittäter müssen die notwendig Beteiligten nicht zwingend sein[10]. Die Begründung hierfür ist die gleiche wie in den vorhergehenden Fällen.

Zu den Bandendelikten gehört auch die Vorschrift des § 146 VereinszollG. Diese fordert die gemeinschaftliche Ausübung einer Konterbande oder Defraudation. Sie enthält gleichfalls einen Schärfungsfall gegen die gemeinschaftlich ausführenden Bandenmitglieder. „Ausüben“ kann jedoch jemand des Delikt nur, wenn er die Tatbestandshandlung ausführt. Eine bloße Nebenhandlung, die sich sachlich als Bestimmung oder Förderung darstellt, kann deshalb den Erfordernissen der Vorschrift nicht genügen. Die Fassung der Bestimmung stimmt aber in objektiver Hinsicht auch mit der des § 47 StGB. überein, da beide eine gemeinschaftliche Ausführung der Tat erfordern. Es ist also zum mindesten notwendig, daß die Beteiligten objektiv als Mittäter handeln. Jedoch brauchen sie nicht auch die subjektiven Voraussetzungen der Mittäterschaft zu erfüllen[11]. Dies ergeben die bisherigen Ausführungen.

---

[9]) So richtig Freudenthal a. a. O. S. 156; Binding a. a. O.; Hälschner a. a. O. S. 330; Olshausen-Gutjahr a. a. O.; Schwartz N. 25.

[10]) Jede Art der Mitwirkung genügt nach Koppmann-Weigel, Komm. z. MStGB. N. 9 zu § 135. Über die Frage der Mittäterschaft enthält die Literatur nichts.

[11]) Wie hier hält Mittäterschaft nicht für erforderlich: Freudenthal a. a. O. S. 149 ff.; ebenso wohl Hoffmann in Stengl. Nebenges. (4. Aufl.) Bd. 2: VereinszollG. N. 3 b zu § 146. Letzterer läßt jede Art der tatsächlichen Mitwirkung genügen. Vgl. noch RGE. 47 S. 377 ff.; Rspr. 10

§ 9.

Die Komplottdelikte.

Unter diesem Begriff werden solche Delikte verstanden, bei denen das Verabreden mehrerer Personen zu bestimmten strafbaren Handlungen als solches mit Strafe bedroht wird, ohne daß eine der verabredeten Tätigkeiten verwirklicht zu sein braucht. Fälle solcher Art enthalten das Mordkomplott (§ 49 b StGB.), das Hochverratskomplott (§ 83 StGB.), das Sprengstoffkomplott (§ 6 SprengstoffG. von 1884), die Verabredung eines Kriegsverrats (§ 59 MStGB.) und die Verabredung der Umbringung von Regierungsmitgliedern (§ 1 RepSchG. vom 21. 7. 1922)[1]. Überall ist das Verabreden eines Verbrechens als Tatbestandshandlung strafbar. Eine Verabredung setzt aber logisch das Einigwerden mehrerer, mindestens zweier Personen[2]) voraus. Es gehören deshalb die Komplottdelikte zu den Fällen n. T. Der Entwurf 1927 schafft hier die Einzelvorschriften, soweit sie dem StGB. angehören, ebenso ab wie bei den Bandendelikten und führt in § 197 die Verabredung zu einem Verbrechen als allgemeine Bestimmung ein. Auf sie trifft das gleiche zu, was bezüglich der Einzelvorschriften auszuführen ist.

Die hier zu behandelnde Frage ist die, in welchem Teilnahmeverhältnis die Verabredenden stehen müssen. Die echten technischen Teilnahmeformen scheiden von der Betrachtung aus, da das Verabreden als Tatbestandshandlung nur der Beurteilung der Täterschaftskategorien (Einzel-, Neben-, Mittäterschaft) unterliegt. Müssen aber die Komplottanten schuldhaft und einverständlich handeln, damit eine Haftung eintreten kann? Diese Frage ist von der anderen zu unterscheiden, welches Teilnahmeverhältnis bei der Ausführung der Verabredung zwischen den einzelnen Beteiligten vorliegen und auf welche Art der Beteiligung der Vorsatz der Komplottanten gerichtet sein muß[3]). Das letzte Problem steht hier nicht

---

S. 328 ff.; JW. 1893 S. 336 N. 4, 1906 S. 794 N. 61; LZ. 1914 S. 1659 N. 10; 1916 S. 288 N. 27, 1922 S. 335 N. 11.

[1]) Ähnlich liegen die Verabredung des Widerstands in § 105 SeemO. und die Verabredung der Fahnenflucht in § 72 Abs. 1 MStGB. Jedoch ist hier die Ausführung des Delikts erforderlich. Deshalb gehören diese Fälle nicht zu den echten Komplottdelikten.

[2]) Die die Ausführung ernstlich wollen. So auch Frank I zu § 49 b; Ebermayer im Leipz. Komm. N. 3 zu § 83; Köhler in GoltdArch. 51 S. 269.

[3]) Vergl. hierzu die Kommentare: so z. B. Frank III zu § 83; Olshausen-v. Lorenz N. 3.

zur Diskussion. Das erste aber wird von der Wissenschaft fast durchweg mit Stillschweigen übergangen. Für die Praxis ist es allerdings auch nicht von erheblicher Bedeutung.

Die Bandendelikte sind zu den „subjektiven Sinndelikten"[4]) zu rechnen, da bei ihnen das Einverständnis der Verschwörer bezüglich des vorgesetzten Erfolges besteht. Dieser muß mit Willen aller bezweckt sein. Nun ist es aber auch hier wie bei den Delikten mit gemeinschaftlicher Begehung durchaus denkbar, daß alle Beteiligten den Zweck des Komplotts sich zu eigen machen, ohne daß ihnen allen die Handlung zuzurechnen wäre. Eine Rotte 13jähriger Schüler verabredet mit einem 25jährigen Verbrecher den Lehrer umzubringen. Soll der Verbrecher nicht nach § 49 b StGB. strafbar sein? Weder Tatbestands- noch Schuldlehre stehen der Bejahung dieser Frage im Wege. Im übrigen sprechen aber die gleichen Gründe wie bei den anderen Verbindungsdelikten für eine Bestrafung.

Danach ist Mittäterschaft bei den Komplottdelikten wohl möglich, aber keineswegs notwendig[5]).

§ 10.

Die Verbindungsdelikte im engeren Sinne.

Hierunter verstehen wir solche Delikte, bei denen die Teilnahme einer Person an einer Verbindung, d. h. an einer Vereinigung, die auf eine längere Dauer berechnet, organisiert ist und einen bestimmten Zweck verfolgt[1]), strafbar ist. Sie gehören zu den Fällen n. T., da die Teilnahme an der Verbindung nur durch mehrere Personen möglich ist, und stehen in systematischer Hinsicht den Komplott- und Bandendelikten nahe, sind deshalb im Anschluß an sie zu erörtern.

Hierher zu rechnen sind die Geheimbündelei oder Feme (§ 128 StGB.), die Teilnahme an staatsfeindlichen Verbindungen (§ 129

---

[4]) Vgl. Mezger, Vom Sinn, a. a. O. S. 203 f.

[5]) Der ernstliche Wille der Ausführung braucht nicht davon abzuhängen, daß alle Verabredenden zurechnungsfähig sind. Die Wissenschaft und Rechtsanwendung hat zu der Frage, ob Mittäterschaft notwendig sei, keine Stellung gnommen. Vgl. dazu die Kommentare. Zu § 49 b insbesondere: Kiesow-Zweigert, Komm. z. RepublikschutzG. I, 1, 3 und III zu § 1. Zu § 83: Frank III; Leipz. Komm. N. 3; Olshausen-v. Lorenz N. 3. Zu § 6 SprengstoffG.: Conrad in Stengl. Nebenges. (5. Aufl.) N. 3. Zu § 59 MStGB.: Koppmann-Weigel. Vgl. auch noch RGE. 58 S. 392 f., 59 S. 215.

[1]) Vgl. Frank I zu § 128.

StGB.) und die Geheimverbindung nach § 2 RepSchG. Strafbar ist in allen Fällen die Teilnahme an der Verbindung. Hierin ist, wie schon angedeutet wurde, keineswegs ein Hinweis auf die Anwendbarkeit der Teilnahmevorschriften der §§ 48, 49 StGB. zu sehen. Der Begriff bezeichnet vielmehr die rein tatsächliche Beziehung, die zwischen den der Verbindung angehörenden Personen besteht. Dem Sprachgebrauch und dem Sinne nach können Teilnehmer nur die Mitglieder der Verbindung sein. Den Stifter, der nicht Mitglied ist, kann man nicht als Teilnehmer an der Verbindung, d. h. als deren „Teil" bezeichnen. Er wird höchstens Anstifter sein können[2]).

Die Mitglieder der Verbindung sind in objektiver Hinsicht gemeinschaftlich Ausführende der Tatbestandshandlung, also Mittäter[3]). Es fragt sich jedoch, ob sie dies auch in subjektiver Beziehung sein müssen, damit eine Haftung eintreten kann. Die Frage ist auch hier von der Wissenschaft übergangen worden. Mezger[4]) hält aus den gleichen Gründen wie bei den Rottendelikten, nämlich wegen des nur objektiv sinnerfüllten Handelns der Beteiligten Mittäterschaft im Sinne des § 47 StGB. nicht für erforderlich. Der wesentliche Grund hierfür ist aber nicht in der Art des zweckhaften Handelns, sondern in seiner erhöhten Gefährlichkeit zu sehen[5]). Es ist deshalb die Mitgliedschaft wohl in der Regel Mittäterschaft, nicht jedoch notwendig[6]).

§ 11.
Der Zweikampf.

Zu den Verbindungsdelikten sind auch die Kampfdelikte zu rechnen. Hierunter verstehen wir solche Verbrechen, bei denen ein Kampf zwischen mehereren Personen die Tatbestandshandlung aus-

---

[2]) So auch Frank II zu § 128 und Olshausen-v. Lorenz A. 1, sowie die dort Zitierten. Über gegenteilige Meinungen vergleiche Olshausen.

[3]) Fordert man Mitgliedschaft für die Bestrafung der Teilnahme an der Verbindung, so ist es ein Widerspruch, wenn man trotzdem jede Art der Teilnahme, also auch Förderung oder Bestimmung eines Mitglieds zur Teilnahme für ausreichend erklärt. Dies tun z. B. Olshausen-v. Lorenz A. 1. Die Begriffe „Teilnahme" und „Mitgliedschaft" decken sich. So auch Frank II zu § 128. Gemeinschaftl. Mitgliedschaft ist aber in objektiver Hinsicht gleich Mittäterschaft.

[4]) a. a. O. S. 204.

[5]) Vgl. den Text S. 56 f., 61.

[6]) Wie hier Freudenthal, ZStW. 48 S. 299; Rüdorff-Stenglein A. 2 zu § 128. Nach Binding, Lehrb. Bd. 2 S. 908 liegt eine Summe von Einzeltäterschaften vor.

macht. Der Kampf kann entweder ein zwischen zwei Personen vereinbarter, nach bestimmten Regeln vor sich gehender sein (Zweikampf §§ 205 StGB., 112 ff. MStGB.). Es kann auch ein nicht verabredeter und ohne alle Ordnung zwischen mehr als zwei Personen stattfindender sein (Schlägerei, § 227)[1].

Der Zweikampf ist deswegen ein „Verbindungsdelikt", weil die Tätigkeit der Zweikämpfer einem bestimmten von ihnen gewollten Zwecke dient, zu dessen Erreichung sie sich vereinigen und der der Anstoß zu ihrer kämpferischen Vereinigung wird[2]). Ein Delikt mit n. T. ist der Zweikampf deswegen, weil der Kampf als solcher das Gegenübertreten zweier Personen erfordert. Geber[3]) hat dies bestritten. Nach ihm ist der Kampf bereits mit der Angriffshandlung einer Person gegeben. Die andere braucht nicht mitzuwirken. Deshalb liege in dem Zweikampf selber nicht eine notwendige Beteiligung. Wohl aber sei bei der Verabredung zum Zweikampf das Mitwirken mehrerer erforderlich[4]).

Die Verabredung der Zweikämpfer als deren Willenseinigung über den Kampf ist nicht mit Strafe bedroht. Wohl aber ist die Willenserklärung jeder Partei besonders, die Herausforderung und deren Annahme für strafbar erklärt. Der Herausfordernde ist bereits dann haftbar, wenn er die Forderung zur Kenntnis des Geforderten gebracht hat[5]). Der Gegner braucht nichts weiter zu tun. Der Geforderte hält z. B. die Aufforderung für einen Scherz und antwortet gar nicht. Es ist also in diesem Punkte eine Mitwirkung zweier Personen nicht erforderlich. Die Begründung Gebers läßt sich nicht halten. Wohl aber trifft seine Behauptung zu, daß der Kampf mit dem Beginne der Kampfhandlung auf der einen Seite vorhanden sei. Die Begründung hierfür liegt in dem Zweck der gegen den Zweikampf gerichteten Strafdrohung. Das Gesetz bestraft den Zweikampf deswegen, weil er eine gegenseitige Gefährdung von Leib und Leben der Kämpfer enthält. Diese Gefahr ist aber bereits dann gegeben, wenn beide Parteien zum Kampfe mit ernstlichem Willen antreten und eine Seite den Kampf eröfffnet hat[6]). Geber

---

[1]) Frank I, 2 Vorbem. zu § 201 ff. rechnet sehr zu Recht die Schlägerei zu den Kampfdelikten.

[2]) Der Zweikampf braucht deshalb nicht immer dem gleichen Zwecke zu dienen. So auch die h. M. Vgl. Frank Vorbem. I a. E. zu §§ 201 ff Er kann im Einzelfalle ein sehr verschiedenartiger sein. Zumindest wird die Kampfunfähigmachung oder eine Verletzung des Gegners gewollt sein.

[3]) Die Tatbestandselemente des Zweikampfsdelikts S. 112.

[4]) a. a. O. S. 113.

[5]) Frank I, 1 zu § 201.

[6]) Daß der Zweikampf ein Gefährdungsdelikt gegen Leib oder Leben

betont nun, daß die in bloßer Gegenwart zu erblickende Mitwirkung des Gegners nicht den Voraussetzungen der n. T. genüge. Denn diese erfordere immer ein aktives Mitwirken, und zwar bei der Tatbestandshandlung (siehe oben S. 8 ff.). Verhält sich nun der Zweikämpfer, der den Kampf noch nicht begonnen hat, tatsächlich bloß passiv wie ein Angriffsobjekt oder wie ein Zuschauer? Gebers Ausführungen enthalten starke Begriffsspaltereien. Nach § 205 StGB. ist als Tatbestandshandlung der „Zweikampf" strafbar. Was das Gesetz hierunter versteht, deutet es im § 201 an. Aus dieser Vorschrift ist zu ersehen, daß nur ein Kampf mit tödlichen Waffen gemeint ist. Wann aber ein solcher Kampf als vorhanden oder beendet anzusehen ist, läßt sich nur aus der juristischen Natur des Zweikampfes als eines Deliktes mit gegenseitiger Gefährdung von Leib und Leben feststellen. Geht man hiervon aus, dann wird man denjenigen, der den Kampf noch nicht eröffnet hat, nicht bloß als einen nicht Mitwirkenden, in Passivität Verharrenden, Unbeteiligten anzusehen haben. Er ist da mit dem ernstlichen Willen zu kämpfen und ermöglicht durch seine Gegenwart die Handlung des Gegners. Er ist auf dem Kampfplatze zum Kampfe angetreten und wehrt zum mindesten den Angriff des Gegners ab. Darin liegt seine aktive Mitwirkung. Vielleicht ist er aber schon weiter gegangen und bei der unmittelbaren Vorbereitung, den Schlag zu führen oder die Pistole abzudrücken. Auf jeden Fall wirkt er durch Abwehren am Kampfe mit. Ein Kampf ist aber auch dann vorhanden, wenn auf einen Angriff eine bloße Abwehr erfolgt[7]). Der Zweikampf als solcher ist also ein Delikt mit n. T., weil die Tatbestandshandlung die Mitwirkung mehrerer erfordert.

Bedeutsamer ist die andere Frage, ob die Handlungen der notwendig Mitwirkenden im Verhältnis der Mittäterschaft stehen müssen, damit eine Haftung eintreten könne. v. Liszt-Schmidt[8]) meint, ein Zweikampf mit einem Paralytiker sei undenkbar. Er fordert also, daß der Kämpfer handelne könne und zurechnungsfähig sei. Er verwechselt aber zwei Fragen, nämlich die, ob jemand handlungsfähig sein müsse, damit ein Delikt überhaupt zustande komme, oder ob er zurechenbar handeln müsse, damit ein anderer haftbar werden könne. Die Begriffe Zurechnungsfähigkeit und Handlungsfähigkeit decken sich aber nicht. Auch ein Unzurechnungsfähiger kann

---

ist, ist jetzt herrschende Meinung. Vgl. Frank II, 2 Vorbem. Siehe außerdem noch zu der Frage der Gefährdung: v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht S. 6.

[7]) Richtig Frank I, 1 Vorbem. zu § 201.

[8]) S. 314.

in natürlichem Sinne handlungsfähig sein, wenn er nämlich in bewußter Weise einen Willensakt vornehmen kann, z. B. ein 13jähriger Knabe oder ein Psychopath[9]). Soweit ein Zweikämpfer diese natürliche Möglichkeit hat, liegt kein Grund vor, die Fähigkeit seiner Mitwirkung zu bestreiten. Allerdings muß er in der oben beschriebenen Weise tätig werden. Schießt nur der eine Teil, tut der andere aber nichts und will er auch gar nicht kämpfen, so beurteilt sich die Tätigkeit des Angreifers nicht als Zweikampf, sondern möglicherweise als vorsätzliche Körperverletzung oder Tötung, wenn er sich insbesondere bewußt ist, daß sein Gegner nicht zum Zweikampfe bereit ist[10]), oder als fahrlässige Handlung jener Art, falls er es hätte wissen müssen (nach § 59 Abs. 2 StGB.).

Erfüllen jedoch die Tätigkeiten beider Personen in objektiver Hinsicht den Tatbestand des § 205 (z. B. ein Zurechnungsfähiger kämpft mit einem zum Kampf bereiten und durchaus handlungsfähigen Psychopathen) so fragt es sich, ob die Bestimmung über Zweikampf hier angewendet werden kann. Die Frage ist in gleicher Weise wie bezüglich der übrigen Verbindungsdelikte zu bejahen. Der Tatbestand ist in jeder Hinsicht erfüllt. Insbesondere ist auch die gegenseitige Gefährdung der Parteien gegeben. Im übrigen sprechen hier dieselben Gründe gegen die Annahme, daß die Zweikämpfer Mittäter sein müssen wie in den vorhergehenden Fällen. Sie werden zwar regelmäßig Mittäter sein, müssen es aber nicht[11]).

§ 12.

Der Raufhandel (§ 227 StGB.).

Der Raufhandel ist zu den Delikten mit n. T. zu rechnen, weil zu der Beteiligung an der Schlägerei oder an dem Angriff die Mitwirkung mehrerer Personen erforderlich ist. Der Gruppe der Verbindungsdelikte ordnen wir ihn deshalb ein, weil der Teilnahme an dem Delikt wie bei den Rottendelikten ein objektiver Zweck zugrunde liegt.

---

[9]) So auch Frank II, 2 u. IV zu § 51. Der Psychopath kann ja sogar zurechnungsfähig handeln. So zu Recht auch Mezger, ZStW. 49 S. 173 und die dort zitierte medizinische Literatur.

[10]) Frank Vorbem. I, 1 zu § 201.

[11]) So wohl die h. M. Vgl. Freudenthal a. a. O. S. 43; denselben, ZStW. 48 S. 294; Beling, Grundzüge S. 103; Olshausen-Freiesleben N. 6 II zu § 201; a. M. v. Bar, Gesetz und Schuld Bd. 2 S. 735; v. Liszt-Schmidt S. 314. Praktisch ist die Frage ohne erhebliche Bedeutung. Entscheidungen, die hierzu Stellung nehmen, fehlen.

Müssen und können nun die an der Schlägerei oder dem Angriff Beteiligten in einer bestimmten Form der Teilnahme stehen? Ein Hinweis auf die Teilnahmevorschriften der §§ 48, 49 StGB. ist hier ebensowenig wie bei den §§ 120, 347 gegeben. Die Beteiligung ist Tatbestandshandlung und folgeweise nur in einer Form der Täterschaft möglich[1]).

Jedoch fällt eine Tätigkeit, die sich sachlich bloß als eine Bestimmung oder Hilfeleistung darstellt, unter den Begriff der Beteiligung. Sie ist dann nicht mehr als eine rechtlich unselbständige Nebenhandlung, sondern als Täterschaft zu beurteilen.

Müssen nun die mehreren am Raufhandel beteiligten Personen Mittäter sein? Regelmäßig wird dies zutreffen, wenn alle Beteiligten bewußt und gewollt die Tat gemeinsam begehen. Notwendig ist dies jedoch nicht, und zwar aus den gleichen Gründen wie bei den übrigen Verbindungsdelikten. Hauptsächlich spricht hier wieder der Umstand dagegen, daß die Bestimmung eine Strafdrohung gegen eine Tätigkeit enthält, die von mehreren ausgeht und deshalb eine erhöhte Gefährlichkeit auslöst. Die abstrakte Gefahr hängt aber nicht davon ab, daß die mehreren auch alle subjektiv einverständlich und zurechenbar handeln.

Die h. M. hält denn auch es keineswegs für erforderlich, daß die am Raufhandel Beteiligten Mittäter sein müssen[2]).

§ 13.

Die Förderungsdelikte.

Dies sind solche strafbaren Handlungen, durch die eine Tätigkeit dritter Personen, durchweg Gefangener, die nicht im Interesse der staatlichen Gewalt über diese Personen liegt, von anderen gefördert wird. Sie stellen eine Kräftevereinigung zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks dar und gehören deshalb zu den Verbindungsdelikten. Derartige Bestimmungen finden sich in den §§ 120 und 347 StGB. sowie im § 144 MStGB. Sie enthalten alternative Mischgesetze[1]), d. h. Fälle von Deliktseinheit, in denen für alle straf-

[1]) So auch Regendanz, Beiträge zur Lehre von der Beteiligung am gefährlichen Raufhandel S. 35. Auf die Geschichte braucht man sich deshalb nicht zu berufen, wie Olshausen-v. Lorenz N. 8 tut. Die Folge ergibt sich aus der Tatbestandslehre.

[2]) So Kriegsmann a. a. O. S. 258 f.; Oppenhoff-Delius N. 1; Olshausen-v. Lorenz N. 4; Regendanz a. a. O. S. 35; Reuter, Der Raufhandel S. 9, 66, 100. Insbesondere RG. in E. 9 S. 380, 59 S. 107 ff. u. 265 ff.; LZ. 1925 S. 986 N. 4.

[1]) Wertheimer, Die Mischgesetze des StGB. S. 3 ff., 33, 67.

bar erklärten Einzelhandlungen eine Gesamtbezeichnung nicht vorhanden ist [2]). Sie stellen nur Modalitäten, Varianten der Grundhandlung, nämlich der Gefangenenbefreiung dar, mag diese nun von Zivilpersonen (§ 120) oder Beamten (§ 347) gefördert sein. Das vorsätzliche Hilfeleisten ist in beiden Fällen als Tatbestandshandlung vertypt, kann daher — wie oben S. 54 bereits ausgeführt wurde — immer nur als Täterschaft bestraft werden. Die Tätigkeit des notwendig mitwirkenden Gefangenen ist nicht mit Strafe bedroht. Deshalb kann die Frage, ob Mittäterschaft erforderlich sei, hier nicht auftreten.

2. Abschnitt.

Die Geschäftsdelikte.

§ 14.

Die Austauschdelikte.

Einen großen Teil der zu den Fällen n. T. gehörigen Geschäftsdelikte bilden die von uns sogen. „Austauschdelikte". Hierunter sind solche strafbaren Handlungen zu verstehen, bei denen der Austausch von Leistungen der verschiedensten Art, insbesondere aber Kauf oder Verkauf von Gegenständen mit Strafe bedroht ist. Alle diese Fälle erfordern das Zusammenwirken zweier Personen, nämlich des Veräußerers und des Erwerbers, zur Tatbestandshandlung. Die wichtigste Gruppe, die teilweise bereits zu den Bestechungsdelikten überleitet, ist die der Stimmendelikte. Wenn auch nicht in allen Fällen hier unmittelbar eine Veräußerung der Stimme wie bei dem Wahlstimmenkauf des § 109 StGB. vorliegt, so ist doch überall ein Austausch von Leistungen, das Stimmen in einem Sinne, wie es von einem Dritten gewünscht wird, und das Gewähren von Vorteilen dafür durch den Dritten erforderlich.

Austauschdelikte enthalten die §§ 109, 184, 259, 324, 360 Ziff. 4 u. 5, 364, 367 Ziff. 3, 370 Ziff. 5 StGB.; § 243 KO.; § 317 HGB.; § 151 GenG.; § 23 Abs. 1 Ges. betr. die gemeins. Rechte der Besitzer von Schuldverschr. vom 4. 12. 1899; § 7 Ges. betr. die Abzahlungsgeschäfte von 1894; §§ 3 Ziff. 1b u. 2b, § 4 Ziff. 2 u. 3, § 5 Ziff. 1b, c, d, § 5 Ziff. 2 u. §§ 12, 13 LebensmittelG. vom 5. 7. 1927 sowie § 1 Abs. 2 VogelschutzG. vom 30. 5. 1908.

Man muß hier unterscheiden zwischen solchen Fällen, bei denen nur eine Seite der korrespondierenden Tätigkeiten, und solchen,

[2]) Wertheimer a. a. O. S. 3ff., 68.

bei denen die beiderseitigen Handlungen mit Strafe bedroht sind. Beispiele der ersten Art finden sich in § 259 StGB., wo das Kaufen, in §§ 184, 324 StGB. sowie § 243 KO. und § 151 GenG., wo das Verkaufen für strafbar erklärt ist. Diese nur einseitig strafbaren Fälle bieten keine Besonderheiten. Es ist hier die entgegengesetzte Tätigkeit mangels eines Typus auch nicht als Täterschaft strafbar [1]).

Im gegebenen Zusammenhang sind nur die Fälle der Austauschdelikte mit beiderseitiger Strafbarkeit der notwendig Mitwirkenden von Belang. Denn für sie gewinnt das Problem wieder an Bedeutung, ob die korrespondierenden Handlungen in der Form der Mittäterschaft zueinander stehen müssen.

Solche doppelseitigen Strafdrohungen finden sich in § 109 StGB., § 317 HGB., § 23 SchuldverschrG. Was zunächst den § 109 StGB. betrifft, so bedroht dieser sowohl den Kauf wie den Verkauf einer Wahlstimme. Es fragt sich nun, ob nach positiv-gesetzlicher Regelung diese beiden Handlungen zwei verschiedene Deliktstypen bilden, oder ob sie nur zwei Seiten ein und desselben Delikts darstellen. Nur im letzten Falle ist Mittäterschaft möglich. Denn diese charakterisiert sich als Modalität der Begehung eines bestimmten Delikts, kann sich daher nie auf zwei grundverschiedene Tatbestände beziehen [2]). Die positivrechtliche Regelung des § 109 StGB. ist nun dahin erfolgt, daß die Handlung jeder Seite besonders typisiert ist. Die Tätigkeit des Stimmenkäufers ist gerichtet auf den Erwerb einer Wahlstimme, die des Verkäufers auf deren Veräußerung und den Erwerb eines Entgeltes. Allerdings wird durch beide Handlungen dasselbe Rechtsgut, nämlich die Unversehrtheit des Wahlaktes verletzt [3]). Trotzdem läßt sich die Tatsache nicht hinwegdeuten, daß für jeden der Mitwirkenden eine besondere Typenhandlung besteht. Es liegt sonach ein kumulatives Mischgesetz vor [4]), d. h. nicht ein einheitliches Verbrechen, sondern mehrere, die vom Gesetzgeber in einem Typus zusammengefaßt sind. Der Gesetzgeber hat damit keineswegs

---

[1]) Vgl. Text § 3.

[2]) Ob ein oder mehrere Tatbestände vorliegen, hängt nie davon ab, daß die Handlung in einem Paragraphen vertypt ist. Vielmehr kommt es auf die sachliche und formelle Übereinstimmung der Tatbestandshandlung an. So ist z. B. bei Mord und Totschlag der Typus in beiden Fällen der gleiche. „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet". Wie hier auch Beling, Grundzüge S. 22. Ebenso, wo eine einheitliche Formel besteht wie bezügl. § 205 StGB.

[3]) Vgl. Freudenthal, Wahlbestechung S. 41; M. E. Mayer, V.D.B.T. 1 S. 283.

[4]) Wertheimer a. a. O. S. 5, 31.

eine bestimmte Absicht verfolgt. Vielmehr beruht die Fassung auf einem gesetzestechnischen Fehler [5]), der dadurch zu vermeiden ist, daß ein einheitlicher Ausdruck für beide Tätigkeiten eingesetzt wird. Auch die Entwürfe 1925 § 106 und 1927 § 108 vermeiden ihn nicht.

Freudenthal, der in seiner „Wahlbestechung“ gleichfalls der Ansicht ist, § 109 StGB. enthalte zwei Deliktstypen [6]), hat diese Auffassung später [7]) wieder aufgegeben. In der „Notwendigen Teilnahme“ vertritt er die Meinung, die Beantwortung der Frage, ob in solchem Falle wie hier Deliktseinheit gegeben sei oder nicht, könne niemals von der redaktionellen Fassung abhängig gemacht werden. Nicht die formelle Fassung der Tatbestände, sondern allein ihr materieller Inhalt, die „natürliche Einheit“ und die innere Zusammengehörigkeit der Verbrechenshandlungen dürfe entscheiden. Dagegen sind aber Bedenken geltend zu machen. Es ist gerade der Vorzug des modernen Strafrechts, daß es auf fest umrissenen Tatbeständen beruht, die einerseits der Rechtssicherheit dienen, andererseits aber auch, wie v. Liszt einmal gesagt hat, eine Magna Charta für den Verbrecher enthalten, die der Rechtsstaat nicht mehr entbehren kann. Wo kein Typus vorhanden ist, da ist strafrechtlich ein Nichts, mag auch vom Standpunkte einer zweckmäßigen Regelung aus eine künftige Gesetzgebung anders stehen. Freudenthal verwechselt hier Sein und Sollen. Es ist ihm aber durchaus zuzugeben, daß eine materielle Verwandtschaft zwischen den beiden Typenhandlungen besteht. Jedoch de lege lata sind es nun einmal zwei Tatbestandshandlungen, und die von Freudenthal gedachte höhere Einheit hat eine Vertypung nicht gefunden [8]). De lege ferenda wäre dieser Fehler zu beheben durch eine für beide Tätigkeiten zutreffende Formulierung. Als solche käme etwa in Betracht: „Wer eine Wahlstimme zum Gegenstand eines Geschäfts macht, wird ...“.

Sind so nach positiv-gesetzlicher Regelung die Tätigkeiten der Mitwirkenden in zwei Typen gespalten, so können sie auch niemals in der Form der Mittäterschaft auftreten [9]).

Während also bei den Verbindungsdelikten Mittäterschaft durchweg möglich ist, ist bei dem parlamentarischen Wahlstimmenkauf die Möglichkeit einer Mittäterschaft ausgeschlossen. Wir bezeichnen

---

5) So insbesondere auch Wertheimer a. a. O. S. 5.

6) S. 39 ff., besonders S. 42.

7) Notw. Teiln. S. 28 ff.

8) So auch Beling, L. v. V. S. 272 f.

9) So insbesondere Beling, Grundzüge S. 103; L. v. V. S. 395; and. M. Ebermayer in Leipz. Komm. N. 5 zu § 109; M. E. Mayer, V.D.V.T. 1 S. 288.

daher diese Erscheinung n. T. als Fall mit ausgeschlossener Mittäterschaft.

Bei § 317 HGB. liegt der Sachverhalt insofern anders, als hier nicht ein kumulatives Mischgesetz, sondern zwei völlig selbständige Typen mit je einem Verbrechen gegeben sind. Bei Selbständigkeit dieser Verbrechen kann nach dem bisher Ausgeführten eine Mittäterschaft nicht in Frage kommen[10]). Sie ist gar nicht möglich. Handeln beide notwendig Mitwirkenden vorsätzlich, so liegt Nebentäterschaft vor.

Dieselbe Sachlage ist auch bezüglich der notwendig Beteiligten bei § 23 SchuldverschrG. gegeben. Richtig führt Feisenberger hierzu[11]) aus, daß das Verschulden jeder Seite selbständig zu beurteilen, Schuld- und Strafausschließungsgründe für jeden besonders zu prüfen seien. In Mittäterschaft brauchen also nach seiner Ansicht die korrespondierenden Tätigkeiten nicht zu stehen. Sie können es auch gar nicht, da sie selbständigen Deliktstypen angehören (vgl. die Ausführungen zu § 109). Mit Recht hält jedoch Feisenberger im übrigen die Kategorien der Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe für anwendbar. So können z. B. auf einer Seite mehrere Personen als Mittäter handeln.

Die Austauschdelikte mit doppelseitig strafbaren Handlungen weichen also von den Verbindungsdelikten dadurch ab, daß die korrespondierenden Tätigkeiten hier niemals im Verhältnis von Mittäterschaft stehen können.

§ 15.

Die Ausbeutungsdelikte[1]).

Die Frage, inwieweit bei der n. T. die sich notwendig ergänzenden Tätigkeiten im Verhältnis von Mittäterschaft stehen müssen, kann hier nicht auftreten, weil nur die aktive Seite des Mitwirkens, nämlich das Ausbeuten, nicht dagegen die passive Seite für strafbar erklärt ist.

§ 16.

Die Bestechungs- und Begünstigungsdelikte.

Hierunter fallen solche strafbaren Handlungen, durch die jemand einem anderen Vorteile verspricht oder gewährt, um ihn zu einem

---

[10]) Die Lehrbücher und Kommentare enthalten hierüber nichts. Vgl. Katz, Die strafr. Bestimmungen des HGB. Anm. 1 zu § 317. Nach Staubs Komm. Bd. 2 Vorbem. 1 zu § 312 HGB. sollen die allgem. Bestimmungen des StGB. „selbstverständlich" Anwendung finden.

[11]) In Stengl. Nebenges. (5. Aufl.) Bd. 2 N. 8.

[1]) Vgl. über den Begriff den Text § 4, 4.

Verhalten zu bestimmen, das schutzwürdigen Interessen widerspricht, oder wo der andere für ein solches Verhalten Leistungen fordert. Die Fälle solcher Art enthalten Delikte mit n. T., da die Deliktshandlungen das Zusammenwirken mehrerer Personen erfordern. Sie stehen den Stimmendelikten nahe, da beiden das Gewähren von Vorteilen zur Vornahme irgendwelcher Handlungen gemeinsam ist. Vorschriften solcher Art finden sich in §§ 331 ff. StGB., § 241 KO., § 114 MStGB., § 8 StellenvermG. f. Schiffsleute, § 12 UnlWG. und § 89 BörsenG. Auch hier hat man wiederum zu unterscheiden zwischen Delikten mit einseitiger und doppelseitiger Strafbarkeit. Beide Seiten der notwendig zusammengehörenden Tätigkeiten sind mit Strafe bedroht in §§ 332, 333, 334 Abs. 1 und 2 StGB.[1]), § 12 UnlWG.[2]) und § 89 BörsenG.[3]). Mit Ausnahme der börsengesetzlichen Bestimmungen sind die Vorschriften so gefaßt, daß jede der gegenseitigen Tätigkeiten einen besonderen Verbrechenstypus enthält. Der Sachverhalt ist also hier der gleiche wie in den Fällen von § 317 HGB. und § 23 SchuldverschrG. der Austauschdelikte (vgl. S. 77). Danach ist Mittäterschaft zwischen den korrespondierenden Tätigkeiten nicht möglich[4]).

Bezüglich des § 89 BörsenG. liegt wiederum ein kumulatives Mischgesetz vor, da die dort typisierten Handlungen nicht Varianten ein und derselben Grundhandlung sind, sondern verschiedene Verbrechen bilden, die allerdings im Verhältnis notwendiger Zusammengehörigkeit stehen. Der Sachverhalt ist hier der gleiche wie bezüglich des § 109 StGB. (siehe S. 75 ff.). Sind zwei selbständige, allerdings in einen Typus gefaßte Delikte vorhanden, so kann niemals auf die zusammengehörigen Handlungen die Kategorie der Mittäterschaft Anwendung finden. Handeln beide notwendig Beteiligten vorsätzlich, so liegt eine Nebentäterschaft vor[5]).

---

[1]) Vgl. die Kommentare und Lehrbücher. Siehe auch v. Birkmeyer, V.D.B.T. 9 S. 322.

[2]) Vgl. Chr. Finger, Komm. z. UnlWettbewG. zu § 12 Ziff. 13 und N. 4; Ebermayer in Stengl. Nebenges. (5. Aufl.) Bd. 1 N. 4 zu § 12 UnlWG.

[3]) Vgl. Feisenberger in Stengl. Nebenges. (5. Aufl.) Bd. 1 N. 12 zu § 89 BörsenG.

[4]) Mittäterschaft halten wohl auch nicht für möglich: bezügl. § 12 UnlWG. Ebermayer a. a. O.; Finger a. a. O.; Fuld, Komm. z. UnlWG. II A 4 zu § 12 und RGE. 39 S. 194; bezügl. § 89 BörsenG.: Feisenberger a. a. O. N. 3 u. 12 und die dort Zitierten. Bei der Beamtenbestechung äußert sich die Literatur nicht ausdrücklich.

[5]) Die Literatur äußert sich hierzu nicht.

§ 17.

Das Spieldelikt.

Auch dieses Verbrechen stellt einen Fall mit n. T. dar, da die Beteiligung an einem Glücksspiel (§ 284 a StGB.) immer mehrere, mindestens aber zwei Spieler voraussetzt. Die Handlungen der notwendig Beteiligten brauchen nicht im Verhältnis der Mittäterschaft zu stehen[1]). Die Gründe sind die gleichen wie in den bisherigen Fällen.

§ 18.

Die Doppelehe.

Das Delikt ist deswegen zu den Verbrechen mit n. T. zu rechnen, weil die Tatbestandshandlung, das Eingehen der Ehe, die Mitwirkung zweier Personen erfordert. Wegen des rechtsgeschäftlichen[1]) Charakters der Eheschließung zählen wir die Doppelehe zu der Gruppe der Geschäftsdelikte.

Müssen die Mitwirkenden notwendig Mittäter sein? Die Frage ist zu verneinen. § 171 StGB. enthält in gleicher Weise einen kumulativen Mischtatbestand wie § 109 StGB.[2]). Deshalb ist hier die Möglichkeit einer Mittäterschaft ausgeschlossen[3]). Müssen die Eheschließenden Nebentäter sein? Wenn z. B. eine verheiratete Person mit einer unverheirateten eine Ehe eingeht, die erste bewußt und vorsätzlich handelt, die zweite dagegen sich im Irrtum über die Verheiratung des andern Teils befindet, so liegt eine Alleintäterschaft des Verheirateten vor. Dieser wird als Täter haftbar. Dem Irrenden steht ein Schuldausschließungsgrund gemäß § 59 StGB. zur Seite. Die Mitwirkenden brauchen also auch nicht Nebentäter zu sein[4]).

§ 19.

Schluß.

Wir sahen, daß der Begriff der n. T. nicht ohne jeden Erkenntniswert ist. Er erweist sich als ein brauchbares technisches Mittel,

---

[1]) Vgl. insbes. S. 71 f. des Textes. Die Wissenschaft nimmt keine Stellung.

[1]) Vgl. auch M. Wolff, Familienrecht § 21 II.

[2]) So auch Wertheimer a. a. O. S. 41; Hoche, Das Verbrechen der Bigamie S. 5.

[3]) Dies übersieht auch Freudenthal, ZStW. 48 S. 294.

[4]) So auch Frank II zu § 171; Herm. Joh. Becker, Die strafr. Konsequenzen einer nichtigen Ehe S. 45; Hoche S. 5. Unrichtig Hälschner, Gem. d. Strafr. Bd. 2 S. 476, der Mittäterschaft annimmt.

mit dessen Hilfe manche Zweifelsfrage gelöst werden kann. Allerdings kann er diesen Zweck nur erfüllen, wenn er auf sicherem empirischen Boden steht. Als solcher hat sich die Tatbestandslehre erwiesen.

Zwei Problemkomplexe standen im wesentlichen zur Behandlung. Nämlich die Frage, inwieweit es im geltenden Strafrecht Delikte mit n. T. gibt, bei denen jemand, der als Täter straffrei ist, auch als Teilnehmer nicht haftbar werden könne. Und sodann die andere Frage, inwieweit die technischen Teilnahmevorschriften auf die n. T. anwendbar sind.

Die erste Frage kann nicht einheitlich beantwortet werden. Es ist vielmehr in jedem Einzelfalle zu prüfen, ob Schuld-, Rechtswidrigkeits- oder, was hier von besonderer Bedeutung ist, Strafausschießungsgründe dem Teilnehmer zur Seite stehen. Wenn es gelungen ist, das Problem aus der Sphäre verallgemeinernder logischer Schlüsse wieder in die Wirklichkeit des Verbrechens als juristischer Erscheinung zu stellen, so wäre damit manches gewonnen.

Die zweite Frage hat ihre Beantwortung aus der Tatbestandslehre dahin gefunden, daß die echten Teilnahmevorschriften niemals auf die notwendige Beteiligung Anwendung finden können. Möglich aber nicht notwendig ist allein, daß die Tätigkeiten der notwendig Beteiligten in der Form der Mittäterschaft stehen.

Lebenslauf.

Am 10. August 1903 wurde ich, Paul Albert Blesse, als Sohn des Lokomotivführers, jetzigen Eisenbahnwerkinspektors Albert Blesse und seiner Ehefrau Martha geb. Loley zu Sangerhausen geboren. Ich besuchte das Friedrichsgymnasium zu Kassel, das ich Ostern 1922 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Sodann studierte ich in den folgenden Jahren an den Universitäten Marburg und Berlin die Rechtswissenschaften und bestand am 28. Mai 1927 beim Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Seitdem befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst bei den Kasseler Gerichten. Am 19. Juni 1928 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

Die vorliegende Arbeit verdankt ihre Entstehung meiner Teilnahme am Strafrechtlichen Seminar von Herrn Prof. Dr. Mezger im W.-S. 1926/27. Auch auf diesem Wege spreche ich Herrn Prof. Dr. Mezger meinen aufrichtigsten Dank für die zuteil gewordenen Anregungen aus.